

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA
PERSONNALITÉ MORALE & L'INDIVISION
COMME CONSTRUCTIONS JURIDIQUES

(Etude de technique juridique)

« Le droit n'est qu'un aspect systématique
d'un coin de la nature. Il lui faudra donc
se plier à son infinie complexité. »

Ambroise COLIN

(Livre du Centenaire du Code civil.)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 18 Juin 1907, à 2 heures

PAR

Istratti N. MICESCO

Président : M. AMBROISE COLIN, professeur

Suffragants { *MM. PIÉDELIÈVRE, professeur*
HITIER, chargé de cours

PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE

15, Rue Racine, 15

1907

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LA

PERSONNALITÉ MORALE & L'INDIVISION

COMME CONSTRUCTIONS JURIDIQUES

(Etude de technique juridique)

« Le droit n'est qu'un aspect systématique
d'un coin de la nature, il lui faudra donc
se plier à son infinie complexité. »

Ambroise COLIN

(Livre du Centenaire du Code civil.)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Mardi 18 Juin 1907, à 2 heures

PAR

Istratti N. MICESCO



Président : M. AMBROISE COLIN, professeur

Suffragants { *MM. PIÉDELIÈVRE, professeur*
HITIER, chargé de cours

PARIS

IMPRIMERIE BONVALOT-JOUVE

15, Rue Racine, 15

1907

A
MON PÈRE

A
MA MÈRE



Digitized by the Internet Archive
in 2026

La Personnalité Morale

ET

L'Indivision comme constructions juridiques

INTRODUCTION

Ce que nous avons voulu faire est bien simple. Surpris par la clarté que prenaient la plupart des questions de droit dans l'enseignement d'un de nos maîtres (1), par l'habitude qu'il avait, avant chaque question, de nous esquisser les résultats pratiques à atteindre par les théories qu'il allait développer ensuite, nous avons voulu éclairer, à la lumière de cette méthode, quelques-unes des idées modernes sur l'interprétation juridique et les sources du droit

1. M. Colin à son cours.

privé, que les travaux de MM. Saleilles, Geny et Duguit avaient contribué à répandre.

La condamnation presque unanime, dans les travaux sus-indiqués, des constructions juridiques dont l'école dogmatique avait abusé et l'avidité avec laquelle la science était poussée vers les réalités de la vie, allant parfois même jusqu'à conseiller de renoncer à tout concept, toutes les fois que ces réalités sont tangibles en dehors des vieux cadres de la science, nous avait un instant séduit.

Nous n'avons, néanmoins, pas tardé à nous apercevoir de la facilité avec laquelle cette dernière voie entraînait à l'empirisme et décourageait tout effort de classement des nouvelles notions dont le droit s'enrichissait.

Il nous semblait, en particulier, que s'il était réellement utile de reconnaître le juste avec l'impartialité digne d'une telle recherche qui ne doit être entravée par des préjugés d'aucune sorte, même par les conceptions subjectives de la science, il était souvent fort difficile de dégager le juste du choc des intérêts en conflit, si on renonçait à y avoir accès par les sentiers battus de la science. Souvent le maître, à l'enseignement duquel nous faisons allusion, nous avait dit : « Il vaut quelquefois mieux souffrir une injustice que de tolérer un désordre. » Un des esprits les plus libres qui se soient rencontrés en ces derniers temps, Fred. Nietzsche, n'avait-il pas aussi préféré « plu-

tôt de mauvaises mœurs que pas de mœurs du tout » ?

Somme toute, nous avons conclu que c'était plus sûr d'avancer par un chemin connu et éprouvé, mais sans oublier que ce n'était qu'un chemin, qu'on ne le suit que pour arriver à un résultat utile et juste, que s'il est inapte à nous y conduire il ne faut pas hésiter un instant à l'abandonner. On n'est pas parti pour rester en route mais pour arriver ! Il faut arriver à tout prix, la vie l'exige et le droit doit lui trouver le chemin ; s'il ne le lui trouve pas, elle courra à travers champs au mépris de tout et ce sera l'injustice alors. On est donc bien obligé ou de lui trouver un chemin ou de lui en creuser un.

Or, les constructions juridiques ne sont rien d'autres qu'un réseau de chemins que le droit tient à la disposition de la vie pour servir ses utilités. Les conceptions juridiques, en elles-mêmes, ne créent point le droit, elles ne sont que des instruments employés pour atteindre ses buts. Elles ne peuvent prétendre à une réalité intransigeante et absolue, n'étant que des cadres qu'on peut abandonner lorsque la vie s'en échappe, faute d'y pouvoir tenir. Des instruments pour atteindre un but qui est en dehors d'elles, au delà : voilà ce que sont les conceptions juridiques. Elles ne s'éclairent que par le signal fixe qui indique le but. Quand celui-ci disparaît, elles n'ont plus de sens. En pareil cas nous pourrions dire d'elles ce que Ihering dit des droits qui man-

quent leur but : « Ce sont des lunettes pour les aveugles ! » On a beau vouloir s'en servir, ils ne servent à rien.

D'autre part, c'est « l'exception » qui d'habitude signale la gêne et l'intention de la vie de s'échapper du cadre. C'est souvent en surveillant les exceptions aux constructions juridiques que l'on saisit l'évolution du droit. Tant qu'elles ne sont pas trop nombreuses on peut encore les surveiller en restant sur le chemin, mais quand elles sont foule il faudra courir après et les grouper pour qu'elles n'échappent pas à la surveillance du droit.

Il nous a semblé particulièrement intéressant de vérifier, pour notre propre compte, ces observations, en choisissant deux situations nettement opposées, non seulement par leur nature, mais par l'attitude de la doctrine à leur égard.

I. — L'une, la personnalité morale, où le vieux chemin de la fiction passant toujours à côté du but à atteindre, avait exaspéré la science allemande et conseillé aux jurisconsultes français de prendre, sous différents noms, un « droit au but » visant directement le destinataire des biens contenus dans les patrimoines des personnes fictives.

II. — L'autre, l'indivision dans le cas dit d'indivision forcée. Ici c'est juste le contraire qui a eu lieu. En analysant de près un grand nombre des arrêts qui tranchent les conflits dans cette matière

nous nous sommes aperçu que presque aucune des solutions équitables et nécessaires n'est visible dans le cadre de la construction juridique employée ; car elles se sont toutes écartées du chemin que la doctrine a négligé d'orienter vers le but à atteindre.

Nous espérons avoir montré, dans le premier cas, que l'article 529 C. civ. obligeait les théories récentes à courir pour atteindre les résultats nécessaires tantôt par le chemin de la fiction tantôt tout droit aux destinataires, prenant ainsi une double peine pour ne pas avoir essayé, pas à pas, la route historique et cherché à voir le détour exact qui éloignait du but à atteindre. Dans ce cas, pour avoir voulu éviter une difficulté, on verra qu'il n'y en avait que de plus nombreuses à prendre naissance et que, tout en abandonnant une construction mauvaise, on ne peut pas toujours se dispenser de la remplacer. Ceci fera l'objet de notre premier chapitre. Nous espérons également avoir montré dans notre deuxième chapitre que l'obstination mise à employer un concept malgré son inaptitude à réaliser les résultats nécessaires, provoque des exceptions dont le nombre aboutit à un véritable désarroi.

Avant d'aborder la matière qui fait l'objet de notre étude de technique juridique, précisons notre intention qui a été de réaliser, dans les limites de notre sujet, « un aspect systématique » de la nature des choses qui pour être systématique ne soit pas moins celui de la nature.

CHAPITRE PREMIER

Personnes Morales

SECTION I

Fonctionnement pratique de leur patrimoine en prenant comme type la Société anonyme

La masse de biens de ce patrimoine est l'objet d'une forme d'appropriation profitant à une collectivité considérée, au point de vue juridique, comme une personne unique, distincte des individualités participantes et que le nom symbolique de *personne fictive* a permis pendant longtemps de reconnaître dans l'ordre juridique. L'analyse y découvre un patrimoine dont le fonctionnement présente des caractères spéciaux qui feront l'objet des paragraphes suivants.

§ 1. — *Siège Social*

Ce patrimoine, jouissant d'une individualité propre, a un siège social, pareil au domicile des personnes, qui assure l'unité de son fonctionnement et facilite sa vie juridique relativement aux opérations et aux procès où il se trouve engagé.

§ 2. — *Les Créanciers de ce Patrimoine*

Les biens du fonds social se trouvent exclusivement affectés aux créanciers sociaux, qui sont les seuls à avoir traité avec la société dont le patrimoine devient leur gage. Tout en étant formés par les apports des associés, les biens représentant ces apports sont comme sortis des patrimoines individuels et soustraits aux créanciers respectifs de ceux-ci, même antérieurs à la formation de la société ; leur affectation au patrimoine social devant être envisagée comme une aliénation opposable à ces créanciers. Telle est la barrière que la technique érige entre ces biens entrés dans le patrimoine social et le reste des biens des associés, qu'il n'est accordé aux créan-

ciers personnels, sur ces biens, aucune compétition avec les créanciers sociaux (1).

Un créancier personnel ne pourrait pas plus saisir un bien social que la fraction quote-part de l'associé, son débiteur, dans l'ensemble des biens sociaux, parce que ce bien ne peut plus être considéré comme figurant dans le patrimoine de celui-ci ; cette quote-part est comme inexistante avant la fin de la société, l'unité nécessaire au fonctionnement de celle-ci laissant la part des associés dans le domaine des droits éventuels réalisables lors de la dissolution seulement. Il ne saurait même pas y avoir de procès engagés entre les créanciers sociaux comme tels et les associés personnellement, les situations étant incompatibles et les moyens de défense tirés de la personne de chaque associé étant irrecevables, car ceci entraînerait entre les intérêts individuels des associés et les intérêts sociaux une confusion que le contrat de société interdit (2).

Ainsi la technique distingue les différents intérêts qui se croisent légitimement sur les mêmes valeurs afin de dégager les tendances et faire aboutir celles qui sont utiles à la réalisation du but poursuivi. Tantôt ses barrières artificielles sont un garage contre

1. Voir sur ce point et sur les suivants Thaller. *Traité de Droit commercial*, 3^e éd., p. 175 ; — Geny. *Méthode d'Interprétation*, pp. 136 et s.

2. V. Thaller, *Traité*, 3^e édit., p. 166, n^o 285.

les tendances qui sont contraires au but social ; tantôt elles ne font que hiérarchiser celles qui sont légitimes afin que le but ne soit réalisé que moyennant le respect des droits supérieurs. Ainsi, les créanciers chirographaires personnels à chaque associé peuvent poursuivre un bien social dans certaines circonstances :

1° L'apport à la société d'un immeuble, déjà grevé d'une hypothèque en garantie d'une dette personnelle à l'associé qui effectue l'apport, ne saurait priver le créancier hypothécaire, s'il a conservé, en temps utile, son hypothèque, de son droit de suite contre la société ;

2° Si l'apport consenti à la société a été fait par un associé avec la complicité des co-associés en fraude des droits de ses créanciers chirographaires, ceux-ci pourront exercer l'action paulienne contre le contrat de société en tant qu'il leur cause un préjudice. Et, à supposer que l'associé fraudeur de ses créanciers fût un commerçant menacé de faillite, ceux-ci auront l'action, bien plus commode, aboutissant à la nullité du contrat de société fait après l'époque de la cessation des paiements (1) ;

3° Les bénéfices exigibles par un associé et destinés à son patrimoine particulier pourront être saisis-arrêtés auprès du siège social par les créanciers

1. V. Thaller, 3^e édit., p. 176, n° 300.

personnels de chaque associé, dans la mesure de la part afférente à leurs débiteurs. Ainsi, les biens affectés par l'associé au but social sont protégés par la technique juridique contre l'attaque des créanciers personnels aussi longtemps que leur valeur est indispensable à la vitalité de la société ; mais, si quelque chose en devient réversible au patrimoine individuel de chaque associé, sous forme de bénéfices réalisés et exigibles, la valeur par eux représentée, désaffectée du but social, retombe dans le gage de ses créanciers personnels ;

4° Dans le cas où la faillite d'un associé entraîne la dissolution de la société dont il faisait partie les créanciers personnels pourront provoquer la liquidation de cette société et, si elle dispose d'un actif net, ils verront grossir d'autant l'actif de la masse.

§ 3. — *Gestion du patrimoine social*

Le patrimoine constitué par les biens sociaux se meut d'une action propre, animé par la volonté de ses administrateurs. Ceux-ci sont, au regard du public, les représentants du groupe des associés, dûment qualifiés pour accomplir les actes nécessaires à la vie juridique de la société : acquisitions ou aliénations de biens, acceptation de paiements libé-

ratoires, conclusion des créances ou des dettes dont les objets rentreront ou sortiront d'un patrimoine spécial, celui de la société.

Ce virement de valeurs rayonnant autour du patrimoine social, comme résultant des gestes et actes des administrateurs à l'occasion de la gestion, est strictement déterminé et soigneusement séparé de celui qui rayonne autour des patrimoines individuels de chaque associé.

Nous indiquerons les solutions qui triomphent dans deux hypothèses relatives à cette distinction :

1° En cas de délit commis par les administrateurs, les conséquences juridiques du fait sont partagées comme il suit : Si le délit commis à l'occasion de l'exercice des fonctions est d'ordre correctionnel et emporte l'application d'une peine comme l'emprisonnement, celle-ci ne saurait être subie par d'autres personnes que les coupables : les associés en sont à juste titre exempts. Si le délit n'emporte que l'amende, elle sera personnelle si elle correspond à une peine, et, au contraire, elle sera encourue par la société si elle correspond à des dommages-intérêts au profit de l'Etat, comme cela arrive en matière de douanes, d'octroi, de contributions indirectes. En tous cas, les associés qui auront choisi des administrateurs inhabiles ne pourront échapper à la règle de l'article 1383 du Code civil qui établit la responsabilité civile du fait des commettants. Or, quel moyen de

les atteindre établit la technique ? Ce sera de faire porter ces dommages-intérêts contre le siège social en diminuant d'autant le total des bénéfices nets à distribuer aux associés ;

2° Les administrateurs ont-ils le pouvoir d'accepter des donations et la personne juridique a-t-elle la capacité d'en recevoir ? La réponse diffère selon le but de la libéralité dont la réalisation a ou non besoin de la personnalité juridique. Cette personnalité couvrant des manifestations de la solidarité sociale, dont le but diffère de l'une à l'autre, ne saurait en bonne technique leur imposer une solution unique qui descende par la logique, en droite ligne, d'un principe uniforme ; des détours de raisonnement sont nécessaires afin de rattacher les solutions utiles à chaque situation à la construction qui les synthétise.

§ 4. — *Citation en justice.*

La société est représentée en justice par ses administrateurs. Ceux-ci plaident *ès qualité*. Les actes de procédure, en les présentant comme agissant du chef de la société, n'ont plus besoin de mentionner les associés individuellement. Le combat judiciaire qui se livre entre les créanciers ou débiteurs sociaux, d'un côté, et la société, de l'autre, ayant ses réper-

cussions sur le patrimoine social, les administrateurs de celui-ci sont seuls mis en cause, comme seuls en mesure de bien connaître les moyens et défenses résultant des opérations conclues au nom de la société.

Y a-t-il dans ce cas dérogation à la règle : « Nul ne plaide par procureur » (1) ? Nous verrons par quel raisonnement on arrive à consacrer les résultats désirables et nécessaires sans introduire une exception inutile à la règle : « Nul ne plaide par procureur » et tout en respectant la nature des choses qui présente le patrimoine social comme le bien des associés.

La raison légitime de la règle sus-indiquée est qu'un plaideur doit savoir qui au juste l'assigne et doit dire, de même, quelle personne il assigne. S'il attaque un mandataire ou s'il est attaqué par le mandataire d'autrui, la personne qui s'éclipse derrière le mandataire, comme véritable ayant droit, doit être indiqué dans l'exploit, afin de révéler le lien de droit qui unit les litigants et leur permettre d'en tirer les moyens et défenses qu'il implique (2). Voilà pourquoi nul ne plaide par procureur. Et c'est à

1. Percerou. *Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1898. *Comment la règle « Nul ne plaide par procureur » contient en dehors de tout formalisme une raison légitime.*

2. V. Thaller. *Traité*, 3^e édit., p. 179.

celui qui introduit la demande de dire entre qui les liens de droit en cause existaient. S'il s'agit d'un procès engagé ou suivi pour le compte d'associés réunis cette crainte de priver les véritables plaideurs de leurs moyens défensifs oblige à substituer dans l'exploit, aux associés individuellement désignés la société, en la personne de ses administrateurs ; car c'est avec elle, par l'organe de ses administrateurs et pour le compte de son patrimoine que le lien de droit devenu litigieux a été conclu.

Supposons, un instant, que les associés soient individuellement assignés. Ils ne sauraient, sans contrevenir au devoir de ne pas confondre les affaires sociales avec les leurs propres, opposer ou invoquer d'autres moyens, que ceux nés du chef de l'exploitation. Or, ces moyens, dans le cercle desquels le débat est enfermé, nul mieux que les administrateurs n'est en mesure de les connaître. Voilà pourquoi ils figurent dans l'exploit au lieu et place des associés.

De là vient aussi l'impossibilité de compenser une créance exercée au nom de la société par une créance appartenant au débiteur contre un associé, ou une créance contre la société avec une dette grevant le créancier au profit d'un associé. C'est que, si ces compensations devaient être admises, il y aurait une véritable confusion entre les affaires sociales et les intérêts individuels des associés dans une mesure qui pourrait avantager injustement, tantôt la société,

tantôt l'individu. Par là la discipline intérieure de chaque patrimoine serait troublée :

Il n'y aurait rien de plus contraire au droit, dont la fonction technique est justement de décomposer la complexité des rapports de la vie afin de les régir, en extraire les avantages et les localiser dans la mesure dictée par la justice. Comment un associé poursuivi pourrait-il détourner une créance sociale pour échapper à la poursuite de son créancier, et comment, d'un autre côté, la société assignée par son créancier pourrait-elle le débouter en mettant en avant une créance qu'elle irait découvrir à un de ses associés contre le poursuivant, entraînant ainsi les patrimoines individuels des associés au delà des apports effectués et contrairement au pacte social ?

§ 5. — *Personnes responsables du passif de ce patrimoine entre eux ou vis-à-vis des tiers.*

Mesure de la responsabilité des associés. — Le pacte social détermine la mesure dans laquelle les associés sont tenus du passif social même au regard des tiers. S'il n'y avait entre les associés aucune synthèse les remplaçant chacun par l'entité globale du patrimoine social, les tiers poursuivraient les dettes conclues pour le compte de la société contre celui des asso-

ciés qui aurait contracté avec eux, ou contre tous s'ils avaient contracté conjointement, sans aucun égard de limitation, de la même manière que des créanciers personnels. Grâce à l'existence d'un patrimoine social distinct, gage des créanciers sociaux, les ressources de ce patrimoine, par avance fixées, seront les limites de la responsabilité des associés dans le passif social.

Les associés ont formé ce patrimoine : tel ils l'ont voulu, tel il existe aux yeux des créanciers qui ont traité avec lui. Les associés ont dû entendre limiter le recouvrement du passif social au montant de leurs apports et se soustraire à l'excédent, qui resterait non couvert, ou bien appuyer le crédit du patrimoine social de toute leur personnalité juridique, ajoutant comme gage des créanciers sociaux, à côté du patrimoine social sur lequel il serait préféré aux créanciers personnels, leur patrimoine à chacun, ou celui de quelques-uns d'entre eux, sur lequel les créanciers sociaux concourraient au marc le franc avec les créanciers personnels desdits associés.

Ici encore le rôle hiérarchisant de la technique, dans la coordination des forces dont la collaboration doit atteindre un but social, permet des combinaisons multiples pour réaliser les nuances que le but social emprunte aux circonstances à travers lesquelles il se manifeste. Il y a ainsi des types variés de sociétés se présentant comme autant de moyens

juridiques adéquats à l'initiative de l'homme (1).

§ 6. -- *Situation juridique des bénéficiaires de ce patrimoine entre eux ou vis-à-vis des tiers.*

Nous avons vu jusqu'ici les aspects que décompose et distingue l'analyse juridique dans la vie externe d'une société, dans ses rapports, en tant qu'entité distincte, avec le monde juridique extérieur.

Aux prises avec la technique qui veut distinguer, afin de saisir et synthétiser à sa manière, afin de réaliser, nous avons vu la part que les associés mettaient d'eux-mêmes dans le fonds social aller depuis une fraction de leur patrimoine jusqu'à leur personnalité juridique entière et, par ce moyen, un patrimoine prendre position dans le milieu social, fixé par un siège social, pareil au domicile vivant d'un échange de valeurs avec ce milieu où il joue le rôle tantôt de partie, tantôt de contre-partie, ayant son entourage de créanciers avec leurs gages et de débiteurs avec les moyens d'atteindre leur patrimoine, ayant, enfin, dans ses administrateurs la volonté qualifiée pour animer cette existence propre.

1. Nous voulons faire allusion par là aux différents types de sociétés commerciales, ainsi qu'à la situation créée aux associés dans chacune d'elles.

Nous verrons, maintenant, que la vitalité spéciale de ce patrimoine, en apparence indépendante, en réalité communiquée par les individus qui l'ont formée, ne le détache pas entièrement de ceux-ci. Nous sommes amené par là à envisager les rapports entre le patrimoine social et les individus dont les intérêts sont protégés par cette forme d'appropriation.

Afin de respecter les rapports du droit avec le milieu extérieur qui se dégagent de la position de ce patrimoine, précédemment établie, les associés complètent le caractère du patrimoine social comme entité distincte, par un ensemble de liens de droit qui fixe la position de chacun d'eux vis-à-vis des autres pris en groupe et masqués par le patrimoine social. Ces liens ont le double caractère d'être, d'une part, dictés par le droit des tiers, comme le meilleur moyen d'atteindre le but social par le secours du crédit et d'être, d'autre part, combinés de telle manière, qu'aucun des associés n'étant lésé, chacun prenne équitablement sa part de charges et de bénéfices, et, qu'ainsi, les conditions nécessaires au fonctionnement de l'entreprise se trouvent conciliés avec les conditions morales d'une juste association (1).

a) Envisageons-les, d'abord, au premier point de vue, c'est-à-dire comme moyens complémentaires choisis par la technique pour assurer la collabora-

1. Cfr. Bourgeois. *Solidarité*, p. 92.

tion des forces extérieures et garantir aux tiers les droits qui doivent en résulter à leur avantage. L'article 529 du Code civil nous dit que, quelle que soit la composition du patrimoine social, les parts des associés dans ce patrimoine, appelées, suivant les cas, intérêts ou actions, sont considérés comme meubles (1). C'est accentuer l'entité du patrimoine social, comme distinct et, à un tel point, séparé de la personne des associés, qu'en apparence ils occupent par rapport à ce patrimoine une position externe, rattachée à lui par des liens de droits pareils à ceux qui relieraient des cocontractants ordinaires.

Pendant la durée de la société et, à l'égard des tiers, ils ont une attitude identique à celle des créanciers. Ceci est particulièrement intéressant pour les hypothèques, qui ne peuvent, du fait des associés comme tels, frapper les immeubles contenus dans le patrimoine social ni comme hypothèques conventionnelles ni comme hypothèques légales.

Ce serait les soustraire à l'unité du patrimoine dont ils font partie pour les soumettre à l'action divergente et dissolvante des patrimoines individuels.

La société ne saurait se réaliser dans d'autres

1. Les circonstances où ce caractère se manifeste sont : a) la perception d'un droit de mutation inférieur ; b) les parts sociales tombent dans la communauté ; c) si cette part sociale est l'objet d'un legs elle sera attribuée au légataire des meubles.

conditions : Elle vit d'échange comme tous les patrimoines et ne trouverait plus de co-échangistes faute de pouvoir se protéger contre l'action dissolvante des associés individuellement pris et les conséquences incalculables que leurs initiatives divergentes entraîneraient. Tel est aussi le sens de l'article 1860 du Code civil : l'application célèbre qu'en fit la jurisprudence en 1891 eut pour résultat de reconnaître à l'avenir les sociétés civiles comme soustraites au régime de la copropriété avec indivision, pour devenir des patrimoines distincts, unifiés dans leur but, et séparés des associés.

b) Ces mêmes liens qui attachent les associés au patrimoine social, en somme leur bien, leur créent, dans leurs rapports mutuels, une situation mixte qui tient à la fois du créancier et du propriétaire, et dont le caractère dominant est qualifié par l'existence de la société. Pendant sa durée l'aspect créancier domine, avec respect de toutes les règles précédemment établies pour le fonctionnement de la société ; après sa dissolution, la qualité de propriétaire réapparaît sous la forme d'indivision.

Ce sont encore ces liens qui tracent, en quelque sorte, le chemin par lequel le bénéfice réalisé se localise : les associés sont créanciers de ces bénéfices. Mais les revenus d'un fonds social peuvent dans d'autres cas avoir une autre destination. C'est ce qui nous permettra de montrer comment la même

construction juridique d'un patrimoine indépendant peut s'adapter à des situations différentes pour servir leur but.

SECTION II

Problème technique de la Personnalité morale

Nous avons vu comment, dans la forme d'appropriation dont nous nous sommes occupé dans notre section première du présent chapitre, l'utilité, résultant des biens en tant qu'objets de droit, parvient aux individus destinataires de ces biens, ceux-ci pouvant être ceux-là mêmes qui ont mis les biens en commun ou d'autres. Le type soumis à notre analyse a été celui de la société commerciale en commandite, c'est-à-dire un cas où les avantages des biens appropriés sont réversibles à ceux-là mêmes qui ont mis les biens en commun. Pour ce cas tout le problème technique de ce qu'on nomme peut être inexactement au fond et très opportunément en la forme, la personnalité des sociétés consiste en deux séries d'opérations :

1° Fondre ensemble les individualités collaborantes, paralysant la divergence des actions individuelles et donnant à l'action commune une unité, en un mot, réaliser la synthèse des biens affectés au but

social en un patrimoine distinct, indisponible et impartageable pour les associés tant que dure la société, et l'offrir comme gage au crédit social.

La situation opposée, où les individualités, au lieu de se dissoudre et disparaître par la synthèse patrimoniale des biens sociaux, s'affirment comme distinctes en leur présence, se posent en autant de sujets qui se fractionnent le droit portant sur ces biens, c'est l'indivision. Dans ce dernier cas, par contre, chaque copropriétaire a le droit au partage des biens communs, et le droit de disposition sur sa part, qui n'est pas sortie de son patrimoine. De sorte que, d'une autre manière, le problème technique de la personnalité civile est d'effacer ce régime d'indivision, lui substituant un patrimoine de synthèse, afin que les associés réalisent le but qu'ils se sont proposé.

II. — La seconde opération consiste à ramener les bénéfices provenant de l'entreprise aux associés, qui les reçoivent sous forme de créances acquittées par le patrimoine formé par eux.

Quand peut-on considérer le problème de la personnalité morale résolu au point de vue pratique ? Ce sera lorsque les solutions suivantes, que nous avons reconnues comme utiles et nécessaires, seront réalisées (1) : 1^o Conférer aux créanciers sociaux un

1. Thaller, *loc. cit.*, n^o 314.

gage exclusif ; 2° Habiliter la société par l'intermédiaire de ses administrateurs à devenir créancière et débitrice et à acquérir des biens ; 3° Eviter les inconvénients de la règle « nul ne plaide par procureur » ; 4° Fixer même, au regard des tiers, la mesure de la responsabilité des associés ; 5° Attribuer à la société un siège qui soit l'équivalent d'un domicile ; 6° Imprimer à la part sociale le caractère mobilier, ce qui tient les immeubles sociaux à l'abri des hypothèques individuelles.

Quand peut-on considérer le problème de la personnalité morale résolu au point de vue théorique et scientifique ? Lorsqu'un concept rayonnant de conséquences sera élevé au-dessus des faits, concept dont chaque déduction aboutira à une des solutions montrées plus haut comme indispensables ; de sorte que l'ordre conçu par la raison sera exactement celui de la nature des choses.

Pour le type précédemment envisagé tous les efforts n'aboutiront qu'à placer, entre les associés faisant les apports et les associés recevant les bénéfices, un patrimoine qui unifie d'abord les apports et acquitte ensuite les bénéfices exactement comme on acquitterait une dette à son créancier.

En prenant séparément chacune des deux opérations de ce patrimoine, tantôt l'une tantôt l'autre, nous aurons en lui le concept nécessaire pour expliquer soit la formation, soit les bienfaits de ce qu'on

appelle une personne juridique non seulement du droit privé mais même du droit public et administratif.

L'existence d'un patrimoine tant vis-à-vis des fondateurs que des bénéficiaires, telle est la construction juridique générique dont l'adaptation aux différentes espèces permettra d'atteindre les résultats visés. C'est bien un patrimoine que l'analyse juridique découvre dans l'Etat et les services publics, dans les sociétés civiles et commerciales et dans les fondations quelconques.

SECTION III

Histoires des Systèmes (1)

L'étude des systèmes successifs qui se sont attaqués au problème de la personnalité juridique, présente, non seulement un intérêt critique énorme pour la technique juridique en général (2), et un inté-

1. Voir pour la bibliographie Capitant. *Introd. à l'Etude du Dr. civ.*, p. 175 ss., 2^e édit.

2. Michoud. *La théorie de la personnalité morale*, 1906. — Saleilles. *Histoire des Sociétés en Commandite*. — *Annales du droit commercial*, 1895 et 1897. — Savigny. *Système*. Trad. Guenoux, t. II, p. 233 et ss. — Gierke. *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, t. III et II. — De même que les ouvrages cités par M. Planiol. *Traité*, t. I, n^o 3015 et Geny. *Méthode*, pp. 136 et ss.

2. Nous passerons en revue dans cette section quelques uns seulement des systèmes proposés par la doctrine

rêt d'expérimentation dans le domaine d'une des plus importantes constructions juridiques, mais, en ce qui concerne notre étude, un intérêt d'observation vraiment instructif. On peut assister dans cette revue des systèmes, à une véritable lutte, entre l'indivision et la personnalité juridiques, à un assujettissement, sans cesse à recommencer, des individualités concrètes à une abstraction juridique. Nous

moderne, tant en France qu'en Allemagne. Nous insisterons seulement sur la formation historique du système classique de la fiction appuyant davantage sur les théories modernes issues en France de sa critique et nous attardant seulement sur celles qui sont les plus répandues et dont la critique nous permettra de nous acheminer vers le système que nous allons essayer de proposer dans la section suivante du présent chapitre. Nous laissons de côté les théories modernes qui visent surtout les personnes morales du droit public comme devant nous entraîner hors du cadre de notre étude ; nous renvoyons pour leur application au droit français à l'ouvrage le plus récent et le plus complet, en France, sur cette matière, celui de M. Michoud (*La théorie de la personnalité morale*, Paris, 1906, p. 16-99). Notre but étant d'essayer de construire un système qui, tout en supprimant la fiction, ne modifie aucune conception essentielle du droit privé, nous regrettons de ne pas pouvoir faire un exposé complet du système de M. Michoud (*op. cit.*, p. 99 et suiv.) sans rompre l'enchaînement des théories sur la critique desquelles s'appuie notre système. Disons ici que sa théorie s'appuie sur cette idée fondamentale que l'Etat doit reconnaître et protéger les intérêts collectifs et permanents des groupements humains, et pour cela reconnaître leur personnalité. La conception que l'on doit se faire du *sujet juridique* des droits nous semble rester irrésolue dans cette théorie (V. *loc. cit.*, p. 112).

verrons même la construction définitivement formée se détacher des faits d'où elle avait surgi pour s'étendre par analogie, comme réseau explicatif, à d'autres domaines et même devenir un instrument de surveillance de la part de l'Etat dans la formation des patrimoines de mainmorte.

§ 1. — *Droit Romain*

Le droit romain n'avait connu que deux formes juridiques de l'appropriation d'un ensemble de biens par plusieurs personnes : la *copropriété indivise* et le *corpus* qui est le nom technique donné aux *universitates personarum*. Les *corpus* sont des patrimoines fonctionnant comme ayant une personnalité juridique distincte de celle des associés ; ils pourraient être comparés aux *universitates rerum* (*Fondations*) qui sont des patrimoines indépendants (1).

Pour nous en tenir aux *universitates personarum* nous noterons les associations de différentes espèces et les sociétés de publicains. Les Romains ne conçoivent pas la formation d'un *corpus* sans statuts, le *corpus* n'étant qu'un patrimoine organisé de manière à pouvoir fonctionner indépendamment du changement

1. Liebenam *Zur geschichte und organisation der Romischen vereinswesens*, 1890 ; Girard *Manuel*. p. 232 et ss. 3^e édit. et le même, compte rendu, *Nouv. Rev. Hist.*, 1891, p. 373 et suiv.

des personnes qui le composent effectivement et devant être pourvu des organes nécessaires à sa gestion. L'administration de ce patrimoine traversa toute l'évolution de la *negotiorum gestio* appliquée à la représentation du mineur par son tuteur (1).

Les individualités composant le *corpus* sont absorbées par lui et leur changement ne saurait affecter son existence. Cette existence indépendante, à la manière d'un corps vivant, a suggéré aux Romains le nom de *corpus*. On connaît la prédilection de ces pénétrants analystes pour l'observation de la nature (2), souvent leurs constructions se rattachent aux exemples de la nature et leur nom même lui emprunte des images. La situation opposée aux corporations est l'indivision qui est le régime de la Société, où les individualités distinctes sont seules en présence des biens qui s'attachent à elles au point de vue du droit : c'est le droit de propriété pur et simple fractionné

1. C'est-à-dire les administrateurs n'arrivèrent à être dégagés des engagements contractés par eux pour le compte de la corporation que moyennant une exception que le prêteur leur accorde contre la poursuite du tiers avec lequel ils avaient contracté, accordant d'autre part à ce dernier une action contre le nouvel administrateur de la personne morale.

2. V. pour cette prédilection Ihering, *Esp. du dr. rom.*, t. III, p. 73 et les exemples cités p. 54 *eodem*, note 25, v. aussi Loi, 35. *D. de R. J.* 50. 17.

entre autant de sujets (1). La société civile telle que l'a connue le droit romain vécut sous ce régime et la disparition d'un de ses membres, de même que la *capitis diminutio et la venditio bonorum*, affectent l'existence même de la société (2). Elle ne crée que des rapports d'obligations entre les personnes et n'affecte pas l'organisation du patrimoine.

Par contre, le *corpus* ayant un patrimoine qui lui est affecté, substitue à l'idée des individus celle d'une collectivité anonyme qui les absorbe et les représente comme une entité organisée, et affecte par là, à la fois, la conception de l'individualité des personnes juridiques et celle du patrimoine qui subsiste malgré le renouvellement des personnes.

§ 2. — *L'Ancien Droit*

I. — *Les Glossateurs*. — Les glossateurs acceptent l'idée du *corpus* et en achèvent la construction juridique en la généralisant. Même idée d'une collectivité anonyme, existant au point de vue du droit

1. V. L. 17, D. 48. 19 et L. 2 D. *de resei-vend*, 18. 15. — Loi 26 pr. D. *de usuf. leg.* 33, 2. — L. 13, D. *de duob.*, 2. 45, 2. — L. 5, D. 46. 1. — L. 335, D. *de poss.*, 41, 2.

2. Paul. L. I, pr. D. *Pro socio*, 17, 2, et la même Loi, 70 *eodem*. — Gaius III, § 150 et pour le temps de Justinien epr. Accarias, II, p. 353 ; *adde.* L. 7 et 8 D. *pra Soc.*, 17, 2 et Loi 65 ; § 1, *eodem*.

et des biens, indépendamment des personnes qui la composent. Pour les glossateurs, nous dit M. Saleilles (1) dans son *Etude sur l'histoire des Sociétés en commandite*. « Toute collectivité ayant une organisation juridique et administrative, telle que les unités réelles qui le composent restent en quelque sorte ignorées au point de vue du droit, sans qu'il y ait à s'occuper, par conséquent de la personnalité de ceux qui en sont comme les éléments vivants, il est vrai, mais variant sans cesse par voie de substitution de personnes, est une corporation au sens technique du mot ». Ainsi définie la corporation pourrait suggérer à l'esprit l'idée d'un être nouveau, entièrement distinct des individus formant la collectivité et pourtant aucune trace n'existe chez les glossateurs de l'idée d'une personne fictive.

Le *corpus*, pour eux comme pour les Romains, n'est que le nom imagé de la corporation, afin de frapper en terme technique l'idée d'unité d'un corps qui persiste quoique les membres puissent changer, n'est que la description imagée des individualités absorbées (2). Ceci une fois admis, pour le fonctionnement de ce patrimoine ils ne se mettent en frais d'aucune autre construction juridique. Ce patrimoine quoique suffisamment mis en relief pour cacher les

1. *Annales du Dr. Com.*, année 1895, p. 65.

2. Gierke. *Das Deutsche Genossenschaftsrecht*, t. III, p. 203.

individualités qui le composent n'en est pas entièrement séparé pour les glossateurs : pour ce qui est de l'administration, les membres de la collectivité en tant qu'administrateurs de la corporation, engagent avec leur responsabilité personnelle leurs propres patrimoines. Pour ce qui est de la propriété des membres actuels de la corporation sur les biens, comme il y avait une autre conception très familière au moyen âge, celle des communautés : les glossateurs essayèrent de faire la part des deux systèmes, en combinant le système romain d'une propriété appartenant exclusivement à la corporation comme entité indépendante avec le système d'une propriété commune appartenant aux membres de celle-ci. Cette conception des communautés sur laquelle nous reviendrons souvent, avait pour trait caractéristique d'être une conception de copropriété unifiée par une administration en main commune, excluant l'action en partage et existant sans que l'ensemble se ressentit du renouvellement des membres par substitutions successives, mais sans empêcher que, pour ce qui est du fond du droit, chacun des communistes eût sa part à lui. Elle était trop profondément enracinée dans l'esprit des hommes du moyen âge pour disparaître au contact de la conception romaine, et leur coexistence nous fait assister à une pénétration réciproque de ces deux conceptions. Voici comment cet empiètement de

domaine réciproque eut lieu. Voyant à la manière du droit coutumier, à travers la corporation les individualités qui la composent, les glossateurs donnèrent pour glose à la loi 6 1 D I. 8, *quod universitatis est non est singulorum*, qui traduit exactement la conception romaine, cette phrase, *quod erat collegii erat singulorum*, qui traduit la conception coutumière et n'est par rapport à l'autre que sa négation (1).

Afin de mettre d'accord les deux systèmes, on considéra les cotisations fournies par les membres et qui représentaient leur placement comme propriété commune de ceux-ci tandis que les autres biens provenant du dehors, comme legs ou donation, formaient la propriété de la corporation, sans que les membres de celle-ci pris individuellement, eussent aucun droit, tout au moins tant qu'elle durait. D'un autre côté les communaux furent soustraits au concept coutumier pour être soumis au concept romain de la séparation de patrimoines quoique les communistes gardassent encore en principe leur part de propriété sur le patrimoine commun.

Ce qui frappe les juristes de cette étape nous dit M. Saleilles (2) « c'est l'idée d'unité, l'idée d'un tout

1. Saleilles, *op. cit.*, p. 67, t. IX et les auteurs cités à la note 1 de la même page.

2. V. Saleilles, *eodem*, p. 66.

qui existe indépendamment de ses parties, qui constitue pour l'esprit une chose nouvelle, différente de chacune de ses parties prises en particulier. » C'est en un mot le *corpus* du droit romain dont le droit coutumier ne peut s'empêcher de voir les membres ; car si la « corporation » est considérée comme propriétaire, les membres restent dans certains cas propriétaires de certains biens à la manière des communistes.

On y voit clairement la grande difficulté que rencontre le patrimoine à se séparer entièrement des êtres réels qui sont ses bénéficiaires, on y aperçoit la réalité, rebelle à l'abstraction et on peut suivre à la trace l'essence même du droit individuel qui a produit le concept de l'indivision contre lequel lutte ce patrimoine distinct : la tendance de la conscience à affirmer en droit une prérogative inhérente à la nature humaine, l'appropriation des choses afin de les utiliser. Les membres qui profitent, présentement, ne peuvent s'empêcher de fractionner en autant de quote-parts idéales le droit qui leur unit le fonds commun, quoiqu'ils ne puissent le soustraire à l'administration commune. Appréciant brièvement l'œuvre des glossateurs, nous pourrions remarquer :

a) Que, sur le domaine des communaux, ils ont réalisé une première étape vers l'abstraction, une première victoire sur la réalité des individualités visibles quoique unifiées, qui permettra, après l'œuvre

des canonistes, d'arriver à un système d'ensemble ;

b) Que sur le domaine de la corporation proprement dite, malgré la part faite au système coutumier et leur préférence pour les réalités, ils ont continué à assurer au droit cette maîtrise de la vie qui aille au delà des limites d'une existence humaine, cette continuité dans l'appropriation qui ne soit pas interrompue par la mort d'un des propriétaires ;

c) Que, même en utilisant le système coutumier des communautés, ils ont déjà un moyen supérieur à celui de la société civile du droit romain qui travaillant avec l'indivision n'est jamais arrivé à prolonger son existence avec les héritiers des *socii* (1). Voyons maintenant l'œuvre des canonistes.

II. — *Les Canonistes* (2). — Sous l'influence des canonistes, la conception arriva à la personne fictive entièrement détachée des associés.

Ce que les Romains ont connu sous le nom d'*universitas rerum* et qui n'est apparu qu'à l'époque chrétienne, les canonistes l'appellent *Institut ecclésiastique* ou *établissement*.

C'est l'idée de corporation élargie, qui nous donna finalement l'idée d'établissement au sens

1. Lois 35 et 52 § 9. D. 17, 2 comp. avec loi 59 pr. *eodem*.

2. Gierke, t. III. ouvrage cité, p. 243 et ss. et Cfr. pour toute cette évolution des sst. : Saleilles *Hist. des Soc. en command.*, p. 67 et ss ; — *Annales du dr. comm.*, t IX.

juridique du mot. Ce n'est plus un patrimoine organisé pour une collectivité, mais en vue d'une œuvre à réaliser : c'est une idée morale qui en est le fondement (1). Le concept de la corporation vint se superposer à cette forme nouvelle de patrimoine. Pour les canonistes, une église est un institut et le patrimoine à elle affecté n'appartient pas aux fidèles mais à l'œuvre, celle-ci en est le sujet. Pour les glossateurs, l'église est une corporation de fidèles. Les deux conceptions se combinèrent : l'idée d'Institut se maintint pour ce qui est de la propriété et celle de corporation pour ce qui est de l'administration. Une église devint alors « un institut propriétaire des biens » administrés « par une corporation de prêtres (2). »

L'unité de patrimoine assurée fut traduite en langage imagé. La tendance du droit canonique à se représenter un être figuré en toute chose se manifesta en faisant nommer l'Eglise une *personne* ; c'est une figure de langage dont on ne songe pas à tirer des conséquences juridiques. Mais, la personnalité sous le rapport religieux s'incarnant dans la conception d'une âme spirituelle, la question de savoir si une corporation ou une *universitas*, en général, peuvent être l'objet d'une censure ecclé-

1. Saleilles, *op. cit.*, p. 67-73, t. IX.

2. Saleilles, *op. cit.*, p. 68.

siastique vint à se poser. On admit qu'il y avait dans une corporation des âmes individuelles mais pas une âme collective. Une contradiction en surgit : on nommait les corporations des personnes mais on reconnaissait qu'elles n'avaient pas d'âmes, qu'elles n'étaient que *nomina intellectualia et anima carentia*. L'expression dominante est celle de *persona representata ficta* (1).

III. — *Les Post Glossateurs et les autres civilistes.*
— C'est cette fois la conception de personnes fictives nettement précisée qui passe comme instrument juridique entre les mains des légistes de l'ancien droit. Ainsi d'une question de mots on arrive à ériger la fiction en système juridique (2), car, tout en se rendant compte qu'une telle personne ne comporte aucune des règles du droit canonique concernant l'existence de l'âme, la fiction de personnalité entraîna l'existence complètement indépendante de son patrimoine et la fiction de sa capacité. Voici les conséquences.

Elles se résument toutes en une seule et en découlent : la personne fictive qui est le *corpus* est devenue un tiers tant par rapport aux individus qui composent celui-ci que par rapport aux tiers. De là vient qu'elle a son patrimoine, sa capacité de vouloir et

1. Saleilles.

2. Gierke, *loc. cit.*, III, p. 280, note 108.

d'agir, une responsabilité propre tant civile que délictuelle indépendante de celle des membres. Ainsi la construction achevée fixa d'abord les idées, fit disparaître entièrement derrière ce tiers fictif et son patrimoine réel les individualités jusqu'alors visibles, écarta les contradictions existant entre les canonistes qui, ne pouvant reconnaître une âme spirituelle à la personne fictive, ne lui reconnaissant pas de volonté et les glossateurs qui, raisonnant selon la logique, descendirent de la fiction de personnalité à celle de volonté, de capacité et de sa responsabilité propre, dégageant la responsabilité des membres qui, agissant en nom, engageaient auparavant leur propre patrimoine, et réalisant entièrement une séparation de patrimoine imparfaitement conçue jusqu'alors. L'idée de séparation de patrimoine, creusée par l'apparition d'un sujet fictif comme tiers à l'égard des membres, parut excessive pour l'application de la personnalité aux communaux, car on avait de la peine à faire disparaître les membres comme propriétaires de biens.

Aussi, en matière de communaux, le concept juridique resta toujours flottant et ne profita point de la précision du sujet de personnalité fictive. C'est ici que les communautés coutumières comparées un instant aux *corpora* envisagées comme biens possédés par une *universitas* (1) afin d'échapper aux tendances de

1. V. Pillius. *Summa Cod.*, II 17, n° 1. *Collegium est,*

partage (1), et opposées aux sociétés civiles du droit romain, échappent enfin en partie à la construction juridique de la personnalité fictive et nous arrivent comme concept indépendant dont la trace se rencontre même dans le Code civil (article 542, communauté entre époux); nous le verrons aussi dans le Code de commerce. La société en nom collectif et la commandite ne sont arrivées à la conception de patrimoine séparé que partant de la conception coutumière. A part ces réserves, le concept de la personnalité fictive est employé pour préciser son domaine, à tout ce que les auteurs du moyen âge appellent un *corpus*, donc même à l'institut. Lorsque, après les glossateurs, la tendance des civilistes fut d'y voir un *corpus*, et même à celles de communautés qui, contrairement à ce qui est arrivé avec la communauté entre époux et certaines sociétés de commerce, sont arrivées à une entière séparation entre leur patrimoine et celui de leurs membres.

personarum plurium in corpus unum quasi conjunctio vel collectio, cité par Gierke, ouvrage cité, t. III, p. 193, et tous les textes cités, p. 40, note 15 *eodem*.

1. Cf. Viollet. *Hist. du droit civil*, p. 557, note 4 de la 2^e édition, et les renvois faits aux établissements de Saint-Louis et Baumanoir pour montrer la généralité de la règle de l'article 815 du Code civil dont le droit romain n'a fait qu'une application, la règle étant autrement importante par la généralité de son apparition dans l'évolution de la propriété.

Comme les légistes gardent encore les réminiscences coutumières, ils éprouvent un dernier scrupule à légitimer leur système en s'appuyant sur un texte du droit romain qui déclare qu'un *collegium* peut subsister alors même qu'il ne lui resterait qu'un seul membre. Finalement un directeur d'établissement ou une commission d'administrateur suffisent (1).

Ainsi, l'idée de corporation et l'idée d'institut de même que l'idée de communauté légalement établie avec une organisation faisant d'elle un *corpus*, sont fondues sans aucune distinction dans l'idée de personnalité fictive qu'elles impliquent toutes. Depuis Bartole et Albericus de Rosciate, son contemporain, qui emploient l'expression de *persona ficta*, nous retrouvons chez les romanistes du xv^e siècle, bien mise en relief (2), et par la suite, chez Domat dans son *Traité*

1. V. par exemple. Guy Coquille. *Questions et réponses*, quest., 58, t. I, p. 51. « Pour ces causes m'a toujours semblé que c'était fort mal à propos de comparer ces communautés des maisons de villages aux sociétés dont est parlé au Droit Civil des Romains. Car ès dites sociétés se dit que l'un étant décédé, ores que plusieurs restent vivants, toute la société est dissolue, se dit que etiam par action expresse elle n'est transmissible aux héritiers. » Cf. Saleilles, *loc. cit.*, p. 70, qui rapproche de ce texte un autre d'Innocent IV qui fait, très nettement, la même différence entre le *collegium* ou *corpus* et les *societates*.

Code civ., article 542 et la communauté entre époux.

Gierke. Ouvrage cité, t. III, p. 419 et suiv.

2. V. Gierke, *loc. cit.*, t. III, § 19 not. 33 et suiv. p. 427. Notamment Paul de Castre.

de *Droit public* (1), chez Bourgeon dans son *Droit commun de la France*, au titre (2) des personnes, et finalement chez Pothier dans son *Traité des personnes* (3).

Nous ferons remarquer en finissant avec l'ancien droit :

1° La personnalité morale est regardée par l'ancien droit comme l'expression technique de la vie juridique d'une corporation, qui a surgi d'elle-même, inséparable d'elle et impliquée par elle ; l'autorisation administrative concerne la permission de former la corporation et non la concession de la personnalité (4).

2° On ne peut concevoir l'existence de ce patrimoine indépendant avant de lui attribuer un sujet fictif, mais ce ne fut là que le moyen d'atteindre un but qui consistait à soustraire les biens de ce patrimoine aux créanciers personnels et aux héritiers des membres qui l'avaient formé en lui donnant une unité qui annihile la tendance à le considérer, tant qu'il dure, comme la propriété indivise de ses membres et l'âme d'une volonté propre. Mais il y avait dans ce procédé aussi un danger qui consistait à faire de l'être fictif une nouvelle catégorie de sujet

1. Liv. I, Tit. XV, sect. 3 § 2, 8 et 9.

2. Liv. I, Tit. IV, sect. 3.

3. I^{re} partie, Tit. III, n° 210.

4. Saleilles, *loc. cit.*, t. IX, p. 73.

juridique qui amenait à conclure que les biens n'appartenaient absolument plus aux membres de la communauté et qu'ils n'avaient plus sur eux aucun droit. C'est par là que l'on fut amené à séparer la personnalité de la corporation et à pousser le droit qu'à l'Etat d'autoriser sa formation, c'est-à-dire de lui reconnaître l'existence jusqu'à un monopole de concession de la personnalité elle-même. Ce fut l'œuvre du droit moderne.

§ 3. — *Le droit moderne*

A. — *Les conséquences extrêmes de la fiction des personnalités, l'œuvre de Savigny.* — C'est pour avoir méconnu un principe essentiel que le droit moderne aboutit à des résultats inacceptables et provoqua une réaction, à savoir que le droit n'emploie les constructions que pour atteindre un but et que, s'il ne saurait s'en passer, celles-ci ne peuvent plus le servir quand elles cessent de s'orienter vers le but à atteindre. C'est ce qui arriva avec la fiction de personnalité qui, au lieu de rester ce qu'elle fut, un instrument afin d'obtenir un patrimoine indépendant qui avait son utilité, fut érigée en sujet de patrimoine et masqua le but auquel il était destiné.

C'est, peut-être, afin de remettre en évidence le but à atteindre que Savigny (1) montra que la personna-

1. Savigny. *Système*, trad. Guenoux, t. II, p. 233, 239 et suiv.

lité fictive couvrait deux choses qui ne sauraient être confondues ! la corporation d'une part et l'établissement ou la fondation de l'autre.

1^o Il parut en sortir d'un côté, que la personnalité, était une chose distincte qui, couvrant un patrimoine indépendant, l'animait de la vie juridique, et l'on se crut autorisé à chercher une personne morale partout où un patrimoine fonctionnait dans ces conditions. C'était le cas pour le patrimoine d'une commandite dans la part formée par les apports des commanditaires vis-à-vis des créanciers sociaux : aussi la commandite devint personne morale ; la société en nom collectif fut traitée de même, et on l'essaya même pour la communauté entre époux. Et de même comme la personnalité juridique était de création légale, on la fit ressortir pour la société de commerce d'une consécration tacite de la loi, commettant une grave erreur historique (1), et arrêtant par là l'évolution juridique de ce problème.

2^o Il résulta, d'autre part, de cette conception de la personnalité juridique comme entité distincte de la corporation et par une confusion déjà signalée, entre le rôle de l'Etat dans l'autorisation d'une association ou d'un établissement comme fait et la concession de la personnalité, qui ne devait pas être de son ressort, que l'on se fit à l'idée qu'une association

 1. V. sur ce point l'article souvent cité de M. Saleilles qui a rétabli la vérité historique.

pouvait exister en fait sans pouvoir vivre juridiquement. C'est là une séparation entre le fait et le droit que l'ancien droit n'avait jamais connue et une exagération du rôle de l'Etat, qui ne se contentait plus de reconnaître le droit, mais qui s'arrogeait le pouvoir discrétionnaire de le créer (1). « Dire que le législateur a les mains libres parce que les personnes dont il s'occupe sont purement fictives, c'est tendre de propos délibéré, un voile à l'ombre duquel la partialité politique pourra se donner carrière. » (Planiol, t. I, n° 3016.)

Après la popularisation que fit Zachariæ de cette thèse elle devint courante depuis l'ouvrage de MM. Aubry et Rau (2).

B. — *La Réaction*. — On formait une fondation ou une corporation pour réaliser quelque chose d'utile à la vie, pour donner une forme juridique à l'appropriation, ériger un fait utile en droit réalisable. Mais, il est évident qu'il ne saurait y avoir d'autres bénéficiaires d'un droit que les hommes. En attachant un patrimoine, afin qu'il fonctionne comme indépendant, à une personne fictive, on risque de considérer celle-ci comme son sujet. Aux auteurs modernes il a paru incompréhensible de prétendre « qu'il puisse

1. Outre le livre de M. Geny. *Méthode d'Interprétations*, celui de M. Duguit, *L'Etat, le Droit objectif et la Loi positive*. Paris, 1901.

2. Aubry et Rau, t. I, § 54.

y avoir sur la terre des titulaires de droit autres que les hommes » (1).

On s'est borné, de tous côtés, à émettre une négation de la théorie courante sans se préoccuper de rien mettre à la place qui n'aboutisse sous une autre forme à la théorie ancienne, et ceux qui se sont piqués de remplacer le mythe de la personnalité par une notion positive n'ont fait que changer de point de vue pour apercevoir l'aspect naturel du problème au lieu de l'aspect juridique, seul utilisable pour les solutions qu'il faut consacrer, afin que les véritables destinataires des droits, les hommes, puissent en profiter d'une manière juste et utile.

Tous les travaux modernes ont pour résultat d'amener la question « à l'état chaotique » selon la juste expression de M. Planiol. Aussi serons-nous très sommaire sur certains systèmes, notre but n'étant point de faire un exposé des théories émises, ce qui serait d'ailleurs inutile après les travaux antérieurs (2), mais de tirer quelque enseignement au sujet des constructions juridiques en général et de vérifier les résultats de la méthode adoptée qui consiste à distinguer entre l'élément substantiel du droit,

1. Planiol. *Traité*, t. I, n° 3018, note 3.

2. V. pour la bibliographie de la question Planiol, t. I, p. 3015 et Geny, *Méthode*, p. 122, n. 4 et 123, n. 1-3, et p. 138, 139. Et pour les théories allemandes, Saleilles. *Personnes juridiques dans le Code civil allemand*, Paris 1902.

qui est l'utilité et la justice, et l'élément réalisateur, purement formel.

I. — *Etat de la doctrine en Allemagne.* — En Allemagne, on supprima la fiction de personnalité pour garder son patrimoine, instrument indispensable pour la réalisation des droits engagés dans le problème qui nous occupe. Mais on n'est que trop habitué aux conceptions juridiques et quand on annonce la déchéance d'un concept gênant, c'est tout aussi vite dit que vite fait de le remplacer par un autre. Un patrimoine, mais il lui faut un sujet ! Tandis que M. Brinz (1) veut trouver ce sujet dans l'idée à la réalisation de laquelle le patrimoine est affecté, MM. Gierke et Beseler (2) lui trouvent pour sujet la volonté collective de ceux à qui il profite ; et cette volonté collective est distincte de la volonté des individus qui composent la collectivité. C'est donc par une abstraction comme la fiction elle-même qu'on veut remplacer celle-ci. Si l'on va jusqu'aux applications, on ne voit pas trop bien pourquoi dans la commandite, le commandité peut identifier sa personnalité juridique avec le sujet du patrimoine social, alors que le patrimoine de la société par actions constitue une affectation à l'entreprise commerciale

1. Brinz, *Pandekten*, édit., 1888, § 432.

2. V. Beseler. *Volksrechz und Juristenrecht*, 1843, p. 158 et suiv. et *Syst. des deutsch Privatrechts* (3^e édit., 1873, t. I, §§ 66 et suiv.) et Gierke dans les ouvrages précédemment cités.

envisagée comme sujet but de ce patrimoine, ni pour-quoi le patrimoine d'une fondation par exemple n'a rien à voir avec la volonté collective de ceux qui forment la masse des bénéficiaires, et pourtant, dans tous ces cas, personne ne saurait nier l'existence d'un patrimoine distinct à l'avantage de certaines personnes et entièrement séparé des patrimoines d'où les biens sont sortis pour le former.

Les sociétés commerciales sont embarrassantes pour les uns et les fondations pour les autres. Prenons les fondations.

La théorie de la fiction dans sa phase dernière ne pouvait admettre, en face du monopole de création de la personnalité juridique appartenant à l'Etat, la fondation du droit privé, et pourtant celle-ci « commença à faire son chemin ». (1) Le sujet de ce patrimoine si la fiction disparaît ?

Pour Brinz c'est un *zweckvermøgen*. Pour Zitelman c'est la volonté du fondateur qui en est le sujet, tandis que M. Gierke nous dit : « J'ai essayé de faire pénétrer la conception que la fondation serait un établissement privé, c'est-à-dire un organisme social indépendant, ayant sa vie propre dont l'âme serait la volonté du fondateur telle qu'elle continue à vivre et à agir dans la fondation et dont le corps

1. V. la très intéressante lettre de M. le Professeur Gierke sur les fondations, publiée dans *le Bull. de la Soc. d'Etudes Législ.*, année 1907 p. 73.

serait constitué par l'appareil humain institué pour la réalisation et la mise en œuvre de cette volonté » (1). Que l'on compare cette idée avec la conception du même auteur qui ne voit dans les autres cas de personnes juridiques qu'un *real Gesamtperson* (2) et que l'on se demande si vraiment dans la chasse donnée à l'ancienne fiction, nous ne risquons pas de nous aventurer dans un terrain plutôt mystique. S'il faut retenir quelque chose des efforts de la science allemande sur notre problème c'est qu'il y a un patrimoine, mais au lieu d'être celui d'une personne fictive on l'attache à des abstractions différentes qui sont, depuis le but de l'entreprise, confondus pour la commandite avec la personnalité du commandité, et jusqu'à la volonté du fondateur survivant à son auteur pour donner une âme à son œuvre.

II. — *Etat de la doctrine en France.* — En France, tous les efforts comme nous l'avons déjà annoncé, ont porté sur la mise à l'écart de la fiction, afin de dévoiler la réalité des personnes physiques, seuls êtres concevables comme sujets des droits groupés dans le patrimoine des personnes morales. Les avantages que l'on attendait de cette nouvelle orientation

1. Lettre citée ci-dessus, note I.

2. Gierke. *Die Genossenschaft theorie und die deutsche Rechts sprechung*, Berlin, 1897.

de la doctrine étaient les suivants : enlever le rôle créateur d'une personne nouvelle que l'état attribuait à son autorisation et éviter que la métaphore de personne fictive fit croire, à l'occasion de l'extinction d'une personne juridique, que ses biens tombent en déshérence et que l'Etat en devînt maître absolu ; et qui serait non seulement inadmissible mais même dangereux pour le progrès des associations et fondations. L'intérêt pratique qui s'attache à ce débat étant ainsi signalé, évitons les détails de la législation pour nous tenir à l'enchaînement des idées générales dans l'élaboration des théories que le mouvement de la doctrine allemande contemporaine a provoqué en France (1).

Toutes ces théories, en proclamant l'ensemble des bénéficiaires comme sujets des biens contenus dans le patrimoine de la personne juridique, se heurtent à l'article 529 du Code civil, dont la disposition, comme nous l'avons vu, est indispensable pour le but que la technique se propose dans ce problème, et dont l'explication s'impose à toute théorie qui l'aborde. Cet article 529 est donc la pierre de touche de la valeur de chacune de ces théories et nous pourrions même dire l'écueil sur lequel la plupart ont échoué.

1. V. Pour l'état de la législation. Planiol, t. I, p. 1000 et t. II, p. 656 et suiv.

A. — *Théorie de MM. Van den Heuvel et Mongin.*

— M. Van den Heuvel en 1884 et, à sa suite, en fortifiant son argumentation, M. Mongin en 1890 (1), dirigeant leurs attaques contre la fiction de personnalité, montrèrent que les plus importants effets rattachés ordinairement à la personnalité civile pouvaient s'en séparer pour être reconnus à l'avantage de toute masse sociale quelconque. Le but est visible, c'est de rendre inutile la conception de la personnification, en faisant bénéficier de ses avantages les associations non reconnues (2). Tandis que M. Mongin conclut que la personnalité n'est nullement exclusive de l'idée d'une copropriété des membres sur le fonds social, M. van den Heuvel affirme catégoriquement « grattez n'importe quelle personne morale et vous rencontrerez une association ordinaire avec tous ses éléments essentiels », et conclut que les privilèges constituant la personnalité sont des véritables droits qu'il conviendrait d'étendre en législation « à toutes les sociétés, quels que soient leur caractère et leur mission. »

1. Van den Heuvel. *Situation légale des associations sans but lucratif*. Paris-Bruxelles, 1884. — Mongin. *Etude sur la situation juridique des sociétés dénuées de personnalité*. *Rev. Critique*, 1890, p. 697-725.

2. V. compte rendu de l'étude de M. Mongin dans les *Annales du Droit comm.*, t. V, p. 47-48, Cfr. Geny. *Méthode*, p. 137.

Si M. van den Heuvel critiquant la conception de Brinz, qui avait songé à la formation libre des patrimoines d'affectation, ne va pas jusqu'à accorder à l'interprète le pouvoir de reconnaître la personnalité à toute société, M. Mongin le fait. Considérant les deux aspects de la part de chaque associé, droit de créance aux bénéfices et droit au partage du fonds social qui n'est qu'un droit de copropriété, M. Mongin conclut à la persistance de ce dernier droit même pendant la durée de la société. Si l'article 529 du Code civil dit-il, reconnaît le caractère de meuble au droit de l'associé, c'est par suite de la prépondérance des meubles dans le fonds social.

Critique. — On n'a pas manqué de faire observer à M. Mongin que les parts des associés dans une société spéculant sur des immeubles restent quand même des meubles. Le vice de cette théorie est que s'obstinant à ne pas perdre de vue la personnalité des associés comme sujet du patrimoine social, elle ne peut empêcher la confusion de celui-ci avec les patrimoines particuliers, ni concevoir des rapports de créancier à débiteur, parce qu'il n'y a plus deux patrimoines distincts en présence.

b. Système de MM. Planiol, Berthélemy et de Vareilles-Sommières (1). — La conception que se

1. Cfr. Planiol. *Traité*, t. I. n° 3005 et suiv. de la 3^e édit.
— Berthélemy. *Traité élémentaire de droit administ.*, p. 42

font ces éminents auteurs de la personnalité morale est peut-être la plus répandue depuis quelque temps. Les prétendues personnes morales ne sont que des masses de biens possédées *collectivement*. Ils abandonnent la notion de patrimoine pour appliquer celle de *propriété*. « Nous pouvons être de trois manières propriétaires d'un champ ou d'un troupeau, dit M. Berthélemy : individuellement ;... indivisément... ; *collectivement*, c'est-à-dire à nous tous, *envisagés comme n'étant qu'un* » (1) ; et M. Berthélemy applique cette conception à toutes les personnes morales du droit public.

Quant à savoir ce qu'est la *propriété collective*, M. Planiol précise la notion de la manière suivante (2) : « Elle est un état particulier de la propriété qui a en lui-même sa fin et sa raison d'être et qui repose sur le groupement nécessaire des personnes auxquelles elle appartient ; il y a un grand nombre de choses qui doivent être mises sous cette forme pour rendre aux hommes tous les services dont elles sont susceptibles, et qui ne sont pas destinées à devenir un objet de propriété privée. »

Ensuite M. Planiol fait l'application du concept à notre problème en se demandant « comment se

et suiv. de la 2^e édit. — Comte de Vareilles-Sommières.
Les personnes morales. Paris, 1902.

1. *Loc. cit.*, p. 43-44.

2. *Loc. cit.*, n^o 3005.

fait-il que ce phénomène si ancien et si général passe pour ainsi dire inaperçu ». « C'est que, nous dit-il (1), la persistance jusqu'à nos jours de la propriété collective est, pour ainsi dire, cachée aux yeux par l'existence d'*êtres fictifs*, auxquels on prête, au moins dans une certaine mesure, les attributs de la personnalité, qui sont réputés propriétaires, créanciers ou débiteurs, ce sont les personnes fictives. » La conclusion : « Sous le nom de *personnes civiles*, il faut entendre l'existence de *biens collectifs* à l'état de masses distinctes possédées par des groupes d'hommes plus ou moins nombreux et soustraites au régime de la propriété individuelle. » (2).

Critique. — Nous pourrions reproduire ici la critique faite au système précédent en demandant l'explication de l'article 529 du Code civil devant lequel l'un des auteurs du présent système demande déjà : « En sommes-nous donc réduits à reconnaître que la décision de cet article ne peut s'expliquer que par la fiction de la personnalité des sociétés ? » Nous renvoyons donc, à ce propos, à ce qui a été dit contre le système précédent nous bornant à nous demander en plus avec M. Thaller : par « quel phénomène juridique » le concept de propriété, même collective « se perfectionne et s'é-

1. *Loc. cit.*, n° 3007.

2. Planiol. *Loc. cit.*, n° 3017.

pure » au point de fonctionner comme un patrimoine (1) ? Ajoutons encore une question : Comment une fondation, un hôpital par exemple, « qui n'est pas un groupe d'hommes, peut disposer, à la faveur du même raisonnement, des avantages de la personnalité » ? (2).

Nous ne voyons nullement la propriété des malades destinataires d'un hôpital sur les fonds de celui-ci. Ces prétendus sujets juridiques se bornent à accepter, sous la forme des soins et traitements, des simples donations de la part de l'administration (3). Telle est l'opération juridique dégagée de son but,

1. Thaller. *Traité*, p. 163, de la 3^e édit.

2. Cf. Thaller, *eodem loco*.

3. On serait peut-être tenté de nous donner la raison par laquelle M. Planiol explique (*loc. cit.*, n° 3005) la propriété collective des citoyens sur les instruments de la défense nationale : « Il y a usage commun de la chose ou affectation complète à l'utilité générale, qui dans beaucoup de cas peut être prononcée sans amener aucun contact entre la chose utilisée et ceux dans l'intérêt desquels cette chose existe. C'est ainsi que la nation entière profite de la puissance de ses cuirassés ou de ses forteresses, quoique les citoyens n'en aient individuellement ni l'usage, ni la possession, et que beaucoup ne les aient jamais vus. » Il nous semble que si le droit de propriété était si élastique, comme conception juridique, on ne le considérerait pas comme *matérialisé* et ne faisant qu'un avec son objet. Si l'on devait s'attacher à l'utilité finale d'une chose pour concevoir son propriétaire, l'objet d'une créance pourrait être considéré comme déjà la propriété du créancier, dans tous les cas où cet objet n'est ni un fait ni une abstention.

comme la propriété individuelle d'un corps certain est juridiquement dégagée et distincte des initiatives subjectivement variées de son titulaire en ce qui concerne l'utilité que la propriété de l'objet lui assure.¹

Admettons même un instant la difficulté de l'article 529 évitée en glissant insensiblement, comme le fait M. Planiol, de la possibilité pour la même personne d'avoir des propriétés individuelles et des propriétés collectives, à la possibilité pour la même personne d'avoir un patrimoine personnel et d'être sujet avec d'autres d'un patrimoine collectif. Bien que cette seconde question soit tout à fait différente de la première et qu'on ait entièrement négligé de justifier la possibilité de deux patrimoines pour la même personne ; admettons néanmoins que « du moment que l'associé est considéré comme possédant deux patrimoines distincts, on conçoit qu'il s'établisse entre eux des rapports de créance et d'obligations analogues à ceux qui existent entre deux personnes différentes » (1). Ce que nous ne comprenons plus, pour notre compte, c'est l'inadmissibilité de la compensation pour un débiteur du patrimoine social qui est en même temps créancier du patrimoine personnel d'un des associés, puisque

1. Planiol. *Traité*, t. I, n° 2259.

ces deux patrimoines appartiennent, à part toute question de mesure, à la même personne.

C. — *Système de M. Thaller* (1). — M. Thaller partant de la convention qui se trouve à la base de toute société de commerce et observant que ces sociétés sont tantôt « sans existence au dehors » tantôt « à existence externe », remarque que dans ce dernier cas il n'y a plus à parler d'une « pseudo-personnalité » des sociétés de commerce. Pour M. Thaller la convention qui forme la société dans ce dernier cas « ne limite pas seulement ses effets aux relations des associés. Son action est assez forte pour obliger les tiers à en respecter les clauses et inversement pour permettre aux tiers de se prévaloir de ses dispositions » (2). En d'autres termes la personnalité s'expliquerait ici par une convention entre les parties (associés) qui lierait les tiers et leur permettrait à la fois de s'en prévaloir. « Les stipulations vont s'imposer au respect de toute personne, et toute personne pourra en réclamer l'application à son profit.

Critique. — Si l'on veut mettre, de cette manière, en antithèse une convention quelconque et le contrat qui fonde une société de commerce » à existence externe », pour en faire saisir la portée, nous recon-

1. Thaller. *Traité*, 3^e édit., no 287-295.

2. *Loc. cit.*, p. 167, n^o 287.

naissions le procédé comme fort ingénieux. Mais la véritable question est précisément de savoir, pourquoi le contrat de société déroge dans cette hypothèse au principe de la relativité des effets des conventions. Par quel « phénomène juridique » cette convention produit des effets opposables aux tiers ? Où va-t-on s'arrêter dans la liberté de conclure de pareilles conventions ? Toutes questions qui restent sans réponses dans ce système.

Nous faisons remarquer en plus que même si ces objections ne portaient pas, le système de M. Thaller ne pourrait expliquer aucune autre espèce de personnes juridiques en dehors des sociétés commerciales et civiles et des associations (1).

A ce propos et bien qu'il y ait beaucoup à dire sur le nombre exagéré de constructions particulières par lesquelles la critique moderne voudrait remplacer l'ancienne construction unique, remarquons en tout cas qu'en dehors des sociétés de commerce le problème reste intact.

Théorie de M. Saleilles. — M. Saleilles poursuit et réussit à atteindre, dans son étude sur l'histoire des sociétés en commandite, deux résultats différents dont le deuxième est réalisé en quelque sorte par répercussion ; dissimulant une attaque directe contre

1. M. Thaller accepte d'ailleurs l'ancienne théorie de la personnalité fictive par les personnes morales et droit public. (V. *loc. cit.* n° 276 et suiv.)

la fiction de personnalité, celle-ci ne devient que plus effective lorsqu'il a établi que l'ancien droit avait connu des patrimoines fonctionnant exactement comme les personnes civiles sans avoir un sujet fictif et sans recourir à la fiction de personnalité. Dans l'œuvre de M. Saleilles se croisent trois idées fondamentales que nous allons énoncer avant de les développer.

1° La fiction de personnalité que la doctrine moderne sépare de toute corporation n'est que l'expression technique de la vie juridique de celle-ci. Ce point a déjà été étudié par nous.

2° La plupart des règles de droit qui sont considérées comme des conséquences de la fiction de personnalité ont été réalisées par l'ancien droit dans l'évolution de la société en commandite en partant d'une conception différente, celle de la *propriété en main commune*. De la démonstration historique de cette thèse qui fait de l'étude de M. Saleilles l'œuvre capitale sur notre sujet en France, une question surgit qui fournit l'occasion à la troisième idée fondamentale de s'affirmer et de se soutenir en s'appuyant sur la première ; cette troisième idée est la suivante.

3° Du moment que les sociétés en commandite sont arrivées à réaliser dans leur fonctionnement un patrimoine séparé de celui des commanditaires, comme celui qui est attribué à la personne fictive est séparé des patrimoines particuliers des membres de la cor-

puration, c'est qu'on pourrait fort bien construire une théorie *de séparation de patrimoines par affectation* des apports à un but social qui remplace la théorie de la personne fictive. Cette construction juridique semble possible à M. Saleilles, car, au point de vue historique, la séparation de patrimoines par affectation, serait tout aussi bien l'expression technique de la vie juridique des sociétés de commerce que la personne fictive est celle de la vie juridique des corporations ; et M. Saleilles ne voit aucune objection à ce que sa théorie soit généralisée pour nous débarrasser de la fiction.

Nous allons, tout en suivant M. Saleilles, nous détacher un peu de lui afin de développer à notre manière l'évolution historique de la société en commandite, c'est-à-dire avec la préoccupation constante de voir la formation de la construction juridique de séparation de patrimoine surgir de la nature des choses et comme sous la pression des besoins. Tout en acceptant la vérité historique dont on doit la découverte à M. Saleilles et que personne ne saurait plus nier, nous différerons de lui dans l'interprétation de cette vérité au point de vue technique, afin d'appuyer sur l'histoire les raisons pour lesquelles nous ne pouvons accepter la construction théorique que M. Saleilles veut en tirer.

I. — *La conception de la propriété en main commune et son influence sur la transformation de la*

commandite en patrimoine séparé. — M. Saleilles commence par observer, comme M. Meynial l'avait seulement indiqué dans des notes de jurisprudence (1), que, sans que les auteurs de l'ancien droit parlent de la personnalité des sociétés en commandite celles-ci fonctionnent comme des patrimoines séparés avec une masse spéciale de créanciers.

La commandite a commencé par la commande du moyen âge, contrat qui, après avoir eu différents emplois est aussi celui par lequel une personne confie à une autre des marchandises ou des capitaux pour qu'elle trafique et lui en donne une part des bénéfices (2). Elle a eu longtemps le caractère d'une société occulte en participation dont le commandité seul est connu des tiers. La faillite de celui-ci mit de bonne heure aux prises les créanciers sociaux avec les bailleurs de fonds. Ceux-ci ne pouvaient prétendre à être considérés comme simples créanciers pour reprendre les fonds engagés, car ils étaient en quelque sorte des commettants grâce au concours desquels le commandité s'était engagé dans les opérations dont les tiers exigeaient l'exécution à leur profit. Les créanciers réussirent à écarter les commanditaires de la masse. Sans être des créanciers étrangers à l'en-

1. Ed. Meynial, notes sous Cass., 25 février 1891 et 2 mars 1892. S. 92 1. pp. 73 et 497.

2. V. Saleilles, *loc. cit.*, n° 2 à 24 et Troplong. *Du Contrat de Société.*

treprise, car ils participent à ses bénéfices et exercent sur elle une certaine influence occulte, ils ne sont pas nettement des associés : « *Participes sunt non socii* » disent les auteurs de l'ancien droit (1).

Il y a donc lutte entre l'idée de société qui devait emporter responsabilité intégrale et l'idée d'occultanéité qui, dans l'intention des commanditaires, devait les préserver des obligations de l'entreprise (2). L'apparition dès le XIII^e siècle, sous le nom courant de *Colonna*, des véritables commandites par actions connues des tiers active l'évolution (3). Faut-il considérer les commanditaires, dorénavant connus dans certains cas, comme des commettants tenus, par l'*actio institoria*, pour le tout dans le passif de l'entreprise, ou nier qu'ils fussent des associés, ce qui se trouvait implicitement contredit par le fait qu'on se refusait de les considérer comme créanciers participants à la masse de la faillite ? Telle est la controverse qui fait l'objet des dissertations juridiques des auteurs italiens comme le cardinal de Luca, Straccha, Ansaldus de Ansaldis (4).

On arriva à écarter l'*actio institoria* parce qu'on reconnaissait que le commandité n'était pas un sim-

1. V. Troplong, *loc. cit.*, Préface et n° 381.

2. Cpr. Saleilles, *loc. cit.*, n° 22, t. IX.

3. Saleilles, *loc. cit.*, n° 23.

4. V. Renaud. *Das Recht der Commandit Gesellschaften*, pp. 24 et s.

ple préposé, mais le véritable entrepreneur, et que la situation de commanditaire était plutôt analogue à celle du *paterfamilias* tenu de l'*actio de peculio* dans les limites du pécule confié au fils ou à l'esclave gérant. L'usage commercial était en ce même sens que lorsque le commanditaire, à raison ou non du caractère public de la commandite, peut être reconnu, s'il ne peut faire partie de la masse de la faillite, ne peut, d'autre part, être tenu au delà de son apport. Il s'agissait de trouver un fondement juridique à cette solution équitable et conforme à l'intention des commanditaires. Du moment qu'ils ne pouvaient être tenus pour le tout du fait du commandité qui n'était pas leur simple préposé, car il est le véritable entrepreneur engageant avec sa personne tout son patrimoine, il n'y avait qu'une seule alternative, les considérer comme associés, en acceptant l'idée d'une société où il y aurait deux classes d'associés : ceux qui agissent et deviendront débiteurs personnels et ceux qui n'engagent que leurs capitaux et ne sont tenus que dans cette mesure. Cette distinction au point de vue de la responsabilité limitée est formellement consacrée dans les statuts de Gênes de 1588 et elle est reproduite par Casaregis (1).

1. Cpr. Saleilles, *loc. cit.*, n° 24, t. IX. *Annales du dr. com.*, p. 52.

Nous pouvons dire que la construction juridique de la commandite est pratiquement achevée, et il nous reste à savoir sous l'empire de quelle conception elle eut lieu. A ce point de vue, la notion de la responsabilité dans les limites de l'attitude sociale prise contre les tiers est vraiment essentielle et caractéristique de la conception que se firent les juristes de l'époque, sous l'impression de la fréquence des communautés de toutes sortes, du rôle de la personnalité des associés dans le fonctionnement juridique du fonds social, devenu finalement comparable à celui d'un patrimoine séparé.

D'abord, vis-à-vis des commanditaires, le patrimoine du commandité se trouve grossi de leurs apports et, dans cette mesure, ce patrimoine n'est pas entièrement détaché de leur personnalité à eux, commanditaires ; ils forment dans cette même mesure, avec le commandité, une collectivité où leur individualité ne disparaît pas au point de vue du droit, puisqu'ils se partagent les bénéfices, mais seulement au point de vue de son exercice et des conséquences de son exercice, le commandité seul, ayant la gestion du fonds social et les commanditaires n'étant tenus que dans la limite de leurs apports. Ensuite, vis-à-vis des tiers qui ont traité avec le commandité, les apports confiés à celui-ci sont comme un patrimoine séparé de celui de chaque commanditaire dont les créanciers personnels

n'ont plus aucun droit sur ces apports devenus le gage des créanciers sociaux. Sous ce dernier aspect, les tiers se trouvent en présence d'un patrimoine qui s'incarne dans la personne réelle du commandité, sans être entièrement sien, et qui, quoique formé par les commanditaires, est séparé de ceux-ci exactement comme le patrimoine du *corpus* est séparé de celui de chacun de ses membres.

Seulement, tandis que le patrimoine de la corporation ne se dégagea entièrement des individualités qui la composaient que du jour où la technique lui donna un sujet fictif, représenté par ses administrateurs, celui de la commandite se détache des commanditaires, vis-à-vis des tiers, parce qu'il prend pour sujet unique le commandité, être réel (1), qui agit en son nom sans être vis-à-vis des tiers le représentant d'un *corpus*.

En présentant les choses de cette manière nous

1. Si dans les rapports du commandité avec les commanditaires, ces derniers peuvent encore être considérés, *parte in qua*, comme titulaires de ce patrimoine c'est là une convention qui n'a pas d'effet vis-à-vis des tiers. Voilà comment, à notre avis, on pourrait encore expliquer ce caractère de la commandite, et de la communauté entre époux, de paraître aux tiers le patrimoine d'un seul sujet et d'être en réalité une copropriété. Cette copropriété ne serait-elle pas, dans une théorie de la simulation, adaptée à ses situations, la contre-lettre qui n'a d'effet qu'entre les parties contractantes ?

Nous verrons plus loin, lorsque nous essaierons de poser à notre tour et d'une nouvelle manière, le problème de la personnalité juridique, quelles sont les raisons profondes de cette analogie, indéniable, avec la théorie de la simulation.

pouvons facilement apercevoir le parallélisme d'évolution de la corporation et des sociétés de commerce et saisir l'identité du problème qui s'y cache et qui, bien que né de sources différentes, doit recevoir la même solution dans un droit unitaire (1).

Précisons un peu l'époque à laquelle nous nous trouvons. L'évolution de la commandite est achevée au xvii^e siècle, car l'ordonnance de 1673 ne fait qu'en fixer les traits caractéristiques, en reconnaissant celle-ci comme société, n'ajoutant, comme disposition nouvelle, que la rédaction d'un contrat par écrit et son enregistrement en cas de commandite entre négociants ; l'ordonnance n'a nullement eu pour effet, comme on a voulu le soutenir (2), d'octroyer la personnalité à la commandite ; celle-ci reste ce qu'elle était, c'est-à-dire, à la fois une propriété commune aux associés et un patrimoine ayant aux yeux des tiers, à la différence des personnes fictives, un sujet réel, le commandité, qui agit en son nom et sans aucun emploi de raison sociale.

Insistons maintenant sur la conception juridique à l'abri de laquelle le fonds social dans la commandite arriva à ce résultat, sans se confondre en ancien

1. Il serait très intéressant, à notre avis, de comparer historiquement la formation de la commandite avec cette phase de la théorie de la personnalité juridique très ancienne où la représentation par ses administrateurs n'avait pas encore lieu.

2. Troplong, *Du Contrat de Société*, t. I, no 586.

droit avec la personnalité fictive (1), celle-ci étant liée à l'organisation corporative et la commandite, comme nous venons de le voir, ne l'étant pas. Remarquons, avant de le faire, et en résumant ce qui précède, que ce fonds social, tout en n'étant pas le patrimoine d'un être fictif et restant vis-à-vis des associés leur propriété commune, avec unité d'administration, n'était pas l'objet d'une copropriété à la manière du droit romain, car si les apports constituaient les commanditaires *socii* leur part dans cette copropriété est séparée de leur patrimoine particulier (2).

« Il y avait là, dit M. Saleilles (3), purement et simplement un exemple de plus d'une conception de la copropriété qui se rencontrait partout, qui était presque une sorte de droit commun universel dans l'Europe du Moyen âge. On la retrouvait en matière de communautés domestiques, dans ce que l'on a appelé plus tard les sociétés paisibles, et aussi dans les communautés rurales : c'est à cette forme de propriété commune que les Allemands ont donné le

1. Il n'y a qu'en Italie que cette confusion fut faite. Straccha dit par exemple (*Decisiones Rotæ Genux*, dec., VII, n° 9) *quia societas est corpus mysticum ex pluribus nominibus conflatum*.

2. Cf. Saleilles, *loc. cit.*, n° 55 et, pour des citations des statuts de Gênes et de Straccha établissant les applications de cette séparation de patrimoine, voir Renaud, *loc. cit.*, p. 424, note 2.

3. *Loc. cit.*, p. 34. — *Annales du Dr. com.*, t. XI.

nom de Propriété en Main commune, parce que, s'il y avait encore indivision en ce qui touche le fond du droit, il y avait unification sous une même main et administration unique ».

Des études récentes, dont l'inspiration revient peut-être aux travaux de M. Saleilles, ont dégagé de la science allemande la théorie de la Propriété en Main commune, appelée en France la propriété collective (1). Celle-ci se présente dans l'histoire comme une forme d'appropriation afin de pourvoir à l'existence collective d'un ensemble de personnes non individualisées dans leur coexistence juridique et même d'une série de générations non séparées dans leurs successions et renouvelant sans cesse par substitution la masse des bénéficiaires (2).

1. Voir sur ce que nous disons ici de la propriété collective les thèses de MM. Masse. *Caractère juridique de la communauté entre époux* (Paris 1902), et Verdelot. *Du bien de famille en Allemagne* (Paris 1899). — L'article de M. Maynial. *Du caractère juridique de la communauté entre époux* (*Revue Trimest.*, 1903, p. 811 et s.). — L'article de M. Josserand. *La propriété collective* (*Livre du Centenaire*, 1 vol.).

2. Comp. Guy Coquille. *Questions et réponses*. Quest., 58, t. I, p. 51. « Mais en ces communautés on fait compte des enfants qui ne peuvent encore rien faire pour espérance qu'on a qu'à l'avenir ils feront ; on fait compte de ceux qui sont en vigueur d'âge, pour ce qu'ils font ; on fait compte des vieux, et pour le conseil et pour la souvenance qu'on a qu'ils ont bien fait. Et ainsi de tous âges et de toutes façons ils s'entretiennent comme un corps politique, qui par subrogation doit durer toujours ».

C'est une société de personnes dont le patrimoine est commun à tous sans appartenir à une personne juridique distincte, il sert à l'usage individuel de chacun sans qu'aucun membre puisse se considérer comme ayant droit à une quote part déterminée avec droit de l'aliéner et de provoquer le partage, le tout étant pour tous.

C'est à cette conception que l'on doit rattacher l'apparition des sociétés en nom collectif et l'évolution de la commandite, mais c'est surtout à l'évolution de l'administration de ces communautés que l'on doit la différenciation des deux espèces de sociétés.

L'administration de ces communautés fut d'abord collective, ensuite exclusive ; qu'elle soit aux mains de tous ou d'un seul, elle est toujours unifiée. Tant que l'administration est collective les membres sont liés les uns vis-à-vis des autres, ne peuvent agir que *communi manu* ; de là l'absence du principe de libre disposition des parts indivises permise en droit romain ; de là aussi, au début, le rejet du principe de proportionnalité ou de division en quote part ; de là, enfin, résulte que chacun, pendant la durée de la communauté, est censé abdiquer son droit individuel, sa part dans la commandite n'étant pas un élément de son patrimoine individuel et ne se retrouvant même pas dans sa succession. La collectivité absorbe l'individu qui s'y laisse vivre ne pouvant

s'en affranchir, parce qu'il n'y a pas encore d'échange (1). La propriété est sous la mainmise de la communauté et marque la limite même du droit individuel. Quand un membre meurt, sa part ne pouvant sortir de la possession du groupe, va par accroissement aux autres, aux nombres desquels les enfants du défunt sont virtuellement comptés (2).

Le droit à cette époque n'est pas individuel, ne peut pas l'être ; l'individu n'en profite que dans la mesure où il fait partie du groupe. En réalité le droit de chaque membre vis-à-vis de la communauté est identique à la part d'intérêt d'un associé dans une société de commerce : droit actuel à la jouissance commune et droit éventuel au partage. Ceci marque déjà la trace originaire des communautés primitives dans les sociétés en nom ; mais nous ne sommes là qu'en présence de petites sociétés de familles, d'associations de vie en commun et non de sociétés d'exploitation.

La ressemblance définitive apparaît dans la phase de l'administration exclusive, où le droit est à tous et l'exécution n'est qu'à un seul ; le *mundium* et le pouvoir du mari sur la communauté ne signi-

1. Voir dans la *Revue de métaphysique et de morale* la leçon d'ouverture de M. Charmont sur la *Socialisation du Droit* (mai 1903, p. 381) et Labbé. Préface des *Institutions juridiques des Romains* de M. Cuq, p. III.

2. V. à la page 72, note 2, le passage de Guy Coquille qui y est reproduit.

fient pas autre chose. Remarquons que la société en nom collectif n'est rien d'autre qu'une de ces communautés où le pouvoir d'administration exclusive appartient à chacun des associés, les actes de chacun obligeant solidairement les autres.

Dès que l'administration put être confiée à un seul, on fut sur le chemin d'entrevoir la possibilité de sociétés de commerce plus compliquées et plus scientifiquement organisées, telle la commandite. Car, si dans son ensemble la société en nom collectif forme une simple variété ou une application de la propriété commune, on put se faire à l'idée que certains des associés puissent garder un patrimoine personnel à eux, le patrimoine du commandité se présentant comme une copropriété séparée de chacun des patrimoines individuels des commanditaires.

Voilà comment on aboutit à l'abri de la conception de la propriété en main commune à un patrimoine affecté au commerce, dont le sujet est le commandité et qui est entièrement séparé des patrimoines individuels des autres associés, exactement comme le patrimoine de la corporation, ayant un sujet fictif, est séparé de celui de ses membres. Remarquons seulement que même après l'ordonnance de 1673, par suite du défaut d'emploi d'une raison sociale, le commandité apparaissait comme gérant un patrimoine lui appartenant, et qui était pour ses créanciers, tantôt un et indivisible, tantôt séparé

en deux parties, l'une spécialement affectée aux créanciers commerciaux et provenant des apports des autres associés, et l'autre lui appartenant en propre, sur laquelle ses créanciers personnels concouraient avec les créanciers commerciaux. Ce résultat était plus visible en cas de commandite enregistrée — entre négociants — car, dans les cas de commandite non soumise à la publicité, on ne pouvait pas toujours prouver le montant des apports constituant la partie du patrimoine du commandité affectée au commerce et parfois on pouvait croire que tous les fonds dont il avait la disposition lui appartenaient à lui seul. Mais c'était là un résultat apparent et provenant d'une difficulté de preuve, car, si l'on arrive à prouver les apports des commanditaires, la séparation existera toujours entre les patrimoines de ces derniers et la valeur des fonds dont ils ont grossi le patrimoine du commandité (1).

Prenant ici cette entité apparente du patrimoine du commandité qui, par suite d'une difficulté de preuve, apparaît aux tiers comme si le commandité était « véritablement devenu propriétaire exclusif de tout le fonds social » M. Saleilles rattache l'impossibilité d'une séparation au défaut de publicité qui fait que le commandité apparaît comme s'il était seul à faire le commerce.

1. V. en sens contr. Saleilles, *loc. cit.*, p. 39, t. II. — Cf. Savary, *loc. cit.*, et ci-dess., p. 80.

Ensuite, et c'est ici à notre avis le vice de sa théorie constructive, M. Saleilles se demande : « pourrait-on supposer qu'un individu qui n'est pas en société et qui fait le commerce à lui seul puisse encore faire deux parts dans son patrimoine, l'une qu'il affecterait à son commerce et qui serait le gage exclusif de ses créanciers commerciaux et l'autre qui resterait le gage de ses créanciers non commerciaux » (1) ? Nous verrons dans quel cas seulement cela devient possible selon nous.

La réponse à cette question constitue la deuxième partie de l'œuvre de M. Saleilles qui consiste à vouloir étendre le résultat obtenu par l'ancien droit en matière de commandite à tous les cas où il y aurait personnalité juridique en droit privé.

M. Saleilles, après avoir indiqué que le défaut de publicité faisait que tout le patrimoine apparent du commandité était affecté, indistinctement, à ses créanciers personnels et à ses créanciers sociaux à la fois, donne à la question qu'il se posait tout à l'heure la réponse suivante. « Si nous nous placions maintenant non plus au point de vue de l'histoire mais au point de vue rationnel, je ne verrais quant à moi aucune objection de principe, à condition bien entendu que la masse affectée au commerce put être

1. *Eodem loco*. C'est la question de l'indépendance du fonds de commerce. Voir la réfutation Thaller, *loc. cit.*, n° 88.

indiquée par acte public, à ce qu'un commerçant put opérer une séparation entre deux parts de son patrimoine par voie d'affectation précise et publiquement manifestée, de façon à déjouer les fraudes. Ce ne serait que la généralisation du principe posé par l'ancien droit d'une distraction de gage rendue possible par voie d'affectation ; l'affectation doit être l'équivalent d'une aliénation (1). »

Voilà comment, d'après M. Saleilles, le résultat obtenu par l'ancien droit pourrait être érigé en théorie propre qui consisterait à admettre, s'appuyant sur l'histoire de la commandite, la possibilité de créer par l'affectation des apports un patrimoine indépendant dont les associés resteraient au fond copropriétaires.

e) *Critique de la théorie de M. Saleilles et acheminement vers une nouvelle théorie.* — Que l'ancien droit soit arrivé, comme nous l'avons souvent répété, à faire fonctionner entre les mains du commanditaire un patrimoine qui n'était pas entièrement sien ni le gage exclusif de ses créanciers personnels, ayant dans cette mesure, des créanciers spéciaux comme ceux d'une personne morale sans qu'il fut considéré comme une personne morale, et pour cause, personne ne peut le nier. Ceci reste acquis et

1. *Loc. cit.*, p. 40.

fait le mérite capital de l'œuvre de M. Saleilles dont la vérité historique constitue une des plus précieuses contributions à l'étude de notre problème. Ceci dit, nous n'estimons pas pouvoir le suivre dans la partie constructive de son étude et pour différentes raisons.

1° D'abord, la faculté pour un individu, moyennant des mesures de publicité, de fractionner son patrimoine en autant d'affectations qu'il lui plairait nous semble devoir entraîner une répercussion fâcheuse sur l'indivisibilité du patrimoine et sa valeur de crédit (1). On peut se demander avec M. Thaller « où s'arrêter d'ailleurs dans la voie qu'on prétend tracer. » (2)

Sans compter les articles 2092 et 2093 du Code civil qui montrent l'inadmissibilité dans l'état actuel du droit de pareils procédés, et même comme conclusion des faits historiques précédemment établis, la théorie nous semble un peu forcée. Cela tient à une confusion que nous signalerons souvent entre l'instrument technique moyennant lequel un but est atteint dans le droit et ce but lui-même, à une identification de ces deux éléments qui ne doivent certes pas être séparés mais rester toujours distincts; le but d'un droit étant quelque chose de distinct,

1. Voir, en ce sens, la pénétrante critique d'une pareille conception appliquée aux fonds de commerce. Thaller. *Traité élémentaire de droit commercial*, 3^e édit., n° 88 et suiv.

2. V. Thaller, *loc. cit.*, n° 286.

devançant le droit, changeant avec la vie et tirant ce droit à sa suite en déterminant son évolution.

Que pour l'époque où la commandite fût reconnue comme société, autant que pour la nôtre, le but que l'on poursuit en engageant des fonds dans une entreprise puisse se traduire, et même d'une façon heureuse, par l'idée d'affectation nous le pensons aussi. Mais cette affectation, fait économique, a été impuissante dans l'histoire et l'est encore de nos jours à opérer comme instrument juridique le résultat que nous désignons par elle. Si cela avait été, le problème aurait pu être résolu dès la première heure et si cela pouvait se faire de nos jours, l'article 529 du Code civil ne réfuterait pas, comme nous le verrons, à lui seul, la théorie de M. Saleilles.

M. Saleilles reconnaît lui-même que la séparation possible entre les apports des commanditaires et leurs patrimoines ne fut pas admise à l'intérieur du patrimoine du commandité et pour celui-ci (1). Pour-

1. V. t. XI. *Annales du droit commercial*, p. 40. Ici il nous semble que M. Saleilles fait confusion entre séparation de patrimoine vis-à-vis des commanditaires et la séparation dans le patrimoine personnel du commandité. Il présente, dans le cas de commandite occulte la première comme irréalisable pour les commanditaires afin de justifier par sa théorie l'impossibilité de la séparation à l'intérieur du patrimoine du commandité. Or, même dans le cas de commandite occulte et, à part la difficulté de la preuve, cette séparation existe pour les commanditaires, car d'après Savary ils sont tenus dans la limite de leurs apports. Ceci M. Saleilles

quoi? C'est que l'affectation doit valoir aliénation. Le voici l'instrument juridique à employer; sans lui pas de but atteint par l'affectation! *Les biens d'une personne ne sont séparés de son patrimoine que lorsque cette personne a perdu sur eux le pouvoir que lui confère le droit de propriété tout en gardant des moyens de droit qui y fasse figurer leur valeur au point de vue économique (1).*

M. Saleilles s'attache au fait de la confusion apparente des apports avec les biens du commandité,

l'avait déjà établi à la page 56 du tome IX des *Annales du dr. comm.* qui contient la première partie de son article Nous reproduisons le passage où après avoir interprété, d'après Savary l'existence de la commandite avec séparation de patrimoine pour les commanditaires et la possibilité pour les créanciers sociaux, s'ils arrivent à prouver la société, de s'opposer au concours des créanciers personnels du commandité, il dit (p. 56 du t. IX, *Annales du dr. comm.*): « Ceci est donc bien la preuve que les commandites même non autorisées et dispensées de publicité n'étaient pas de simples participations, mais de véritables sociétés impliquant, comme les autres *responsabilité limitée des commanditaires*. Seulement, comme dit Savary, c'était une responsabilité dont la reconnaissance dépendait un peu de la bonne foi des parties; car il n'y avait à peu près aucun moyen de preuve qui pût établir la qualité d'associé du commanditaire étant donné qu'en général les livres du négociant commandité l'inscrivaient comme simple créancier ».

2. Qu'on remarque que c'est là la caractéristique de tous les cas d'affectation. La dot par exemple est soustraite au pouvoir de la femme et elle n'apparaît comme telle que lorsque le mari perdit sur elle son pouvoir de propriété.

dans le cas de commandite occulte, pour justifier l'impossibilité pour ce dernier d'une séparation de patrimoine dans son patrimoine « La raison en est que la séparation du patrimoine, je l'ai déjà dit, ne peut être admise en droit que lorsqu'elle existe déjà en fait. Or, dans l'hypothèse que je suppose, il y avait en fait confusion de biens. Tous les biens du fonds social et les biens restés propres au commanditaire ne formaient en fait et à l'extérieur qu'une seule masse entre ses mains.

De là M. Saleilles conclut que la publicité, qui a rendu visible la séparation du côté des commanditaires, pourrait aussi l'opérer dans le patrimoine du commandité. Car, dans la théorie que M. Saleilles veut tirer de l'histoire, c'est l'affectation rendue visible par publicité qui crée la séparation de patrimoines pour les commanditaires ; pourquoi le commandité ne pourrait-il pas scinder son patrimoine moyennant publicité ? M. Saleilles n'y voit aucun obstacle.

Il nous semble, quant à nous, que ce serait vouloir créer un droit par sa preuve, au lieu d'aménager celle-ci en vue d'établir le droit déjà existant. Pareil résultat non seulement l'ancien droit ne l'a pas toléré, mais aucun droit ne saurait l'admettre (1).

1. Comparez l'interprétation de la règle, *Nemo causam possessionis sibi ipse mutare potest*, donnée par Ihering. (*Rôle de la volonté*, p. 303-308) qui établit magistralement

Séparer un bien de son patrimoine c'est le soustraire au pouvoir que l'on exercerait sur lui en son propre nom.

Si l'intention subjective de vouloir considérer tel bien ou telle catégorie de biens comme gage d'une catégorie de créanciers suffisait, moyennant publicité, l'affectation aurait opéré la séparation de patrimoine dès le premier jour, non seulement pour le commandité, mais même pour les commanditaires. Or, c'est juste le contraire qui est arrivé dans l'histoire. Si l'affectation avait contenu en elle le principe de la responsabilité limitée, ce qu'on aurait exigé des commanditaires, du fait de leur participation dans une entreprise, c'aurait été de ne pas soustraire les fonds aux créanciers de l'entreprise, mais de les leur laisser.

L'histoire de la commandite avant le xiii^e siècle nous montre, comme nous l'avons vu, au contraire, combien de mal on a eu à défendre les commanditaires, dès qu'on leur a découvert une apparence d'associés, de la prétention des créanciers qu'ils soient tenus pour le tout dans le passif de l'entreprise. On veut leur trouver un autre nom que celui de *socii* qui implique obligation solidaire, on les appelle *participes* et on parvient à peine à respecter leur intention

l'impuissance de la volonté subjective à produire des effets de droit avant de s'extérioriser en quelque attitude sociale conforme au droit objectif. *Adde* pour une nouvelle illustration de cette vérité. L. 13. *D. de don.* 39, 5.

de ne risquer dans l'entreprise qu'une somme déterminée. Non, la volonté individuelle traduite par l'affectation d'une somme déterminée n'a pas été le principe de l'obligation restreinte. L'obligation a son principe ailleurs, dans l'absorption de l'individu par la collectivité, au point d'être solidaire des actes de cette dernière, et sa limitation en accord avec l'intention de l'individu (commanditaire dans l'espèce) y surgit comme une exception, comme un premier symptôme de l'affranchissement de l'individu, et comme la première victoire de la volonté individuelle sur le droit social de l'époque. Qu'on le remarque bien, c'est ici que l'histoire doit nous révéler son secret. Nous insisterons là dessus plus loin ; pour le moment achevons cette critique.

Ainsi, l'affectation a été impuissante, dans l'histoire, à opérer la séparation de patrimoines. Nous disons l'affectation dans le sens où l'entend M. Saleilles, c'est-à-dire l'intention subjective pour une personne qu'une partie de son patrimoine soit le gage d'une catégorie spéciale de créanciers, même si cette intention est rendue publique. C'est bien dans ce sens que M. Saleilles l'entend, car il la croit possible même pour la commandité. Or, à son égard elle est inopérante, comme entendue de cette manière elle a été, dans l'histoire, inopérante pour les commanditaires.

Si c'est comme équivalent d'une aliénation qu'il

faut entendre l'affectation, celle-ci ne s'opère que par la mise des apports dans un patrimoine relevant du ressort d'une autre volonté, et alors c'est bel et bien ce transfert des apports d'un patrimoine dans l'autre qui opère leur séparation du patrimoine d'où ils sont sortis. Donc, l'affectation, phénomène économique, se traduit en langage juridique par une aliénation d'une nature spéciale (1) et c'est bien cette dernière qui opère leur séparation du patrimoine d'où ils sont sortis. Si l'affectation, phénomène économique, pouvait la faire, elle la ferait aussi à l'intérieur d'un seul patrimoine. Or, elle ne le peut pas. Si nous ne nous trompons pas, quand un bien passe d'un patrimoine dans un autre — et personne ne conteste que la personne juridique soit un patrimoine — de manière à cesser de pouvoir être, dans son identité même, objet d'un acte de disposition de la part du sujet du patrimoine originaire, on ne peut appeler cela qu'une aliénation.

1. Toujours, à notre avis, il faut séparer le but économique d'une opération de sa forme juridique; celle-ci n'étant que l'instrument de l'autre : la vente à réméré, et la vente simulée sont bien des aliénations, bien qu'au point de vue économique les biens ne soient définitivement sortis du patrimoine de l'aliénateur. N'est-ce pas la même chose avec les apports dans une société de commerce ? Leur mise dans le patrimoine social est une aliénation, bien que d'autres moyens de droit permettent d'en ramener la valeur au patrimoine d'origine.

Qu'on puisse employer ce terme d'affectation pour nuancer par là cette espèce d'aliénation que l'on fait à un *patrimoine de création technique*, pour rendre, en quelque sorte, saisissable le but que l'on veut atteindre, nous ne le nions pas ; ce serait un procédé tout comme celui qui consiste à nommer la vente dans le cas sus indiqué vente à réméré, de manière à la distinguer d'une vente pure et simple. Mais ce n'est pas, comme nous l'avons montré, la pensée de M. Saleilles qui veut que le fait, muni de publicité, de destiner un bien à une catégorie de créanciers suffise à créer un patrimoine séparé. C'est encore l'effort, à notre avis inutile, mis à vouloir confondre l'aspect économique d'un problème avec l'instrument de droit destiné à l'atteindre, c'est l'obstination à vouloir à tout prix que le sujet juridique d'un patrimoine se confonde avec son bénéficiaire. C'est pourquoi M. Saleilles veut que le commandité puisse faire une scission dans son patrimoine sans abdiquer le pouvoir de le régir en son nom, en restant, à la fois, sujet et destinataire de ce patrimoine, comme on est habitué à se représenter le sujet d'un droit dans la situation normale du droit individuel.

Créer un patrimoine séparé du sien et rester encore titulaire du pouvoir juridique effectif sur ce patrimoine, est non seulement dangereux au point de vue du crédit mais impossible dans l'état actuel

du droit et justement parce que c'est dangereux. Cette impossibilité se manifeste dans la théorie de M. Saleilles non seulement pour le commandité mais même pour les commanditaires.

M. Saleilles, gardant le souvenir du droit coutumier, voudrait qu'ils restent encore, après l'affectation (car c'est le sens qu'il donne à l'affectation) copropriétaires du patrimoine social.

Que faire alors de l'article 529 du Code civil ? Cette question, qui reste sans réponse dans le système de M. Saleilles, est la seconde raison pour laquelle nous ne pouvons adopter sa théorie.

2° L'article 529 du Code civil consacre, comme nous l'avons montré dans la première section du présent chapitre, une règle indispensable au fonctionnement des personnes juridiques et son explication ne saurait être esquivée par tout système qui aborde ce problème. Le système de M. Saleilles ne peut pas expliquer pourquoi les parts des associés ont un caractère mobilier dans le cas où la société possède des immeubles. « En effet, chacun d'eux continue à être lui-même et personnellement propriétaire de sa part dans l'actif social ; il est donc propriétaire d'immeubles (1).

1. V. Planiol. *Traité*, t. I, n° 2258.

§ 4. — *Essai d'une théorie nouvelle sur la personnalité morale. — Les patrimoines de création technique.*

1

« Atque utilitas prope mater
est æqui » HORACE.

I. — *Exposition d'ensemble.*

a) *Cause de la controverse.* — En résumant les efforts de la science allemande relativement à notre problème, nous avons dit que tous les auteurs sont unanimes à se débarrasser des personnes fictives pour garder le patrimoine de celles-ci — et vraiment on ne saurait se passer de cet instrument technique — mais qu'on est fort embarrassé de lui trouver un sujet, à la place de la fiction. Or, cette fiction avait — entre autres — un inconvénient très grave, celui de cacher la destination véritable des biens qui seule justifiait cette forme d'appropriation, de les faire apparaître, lors de sa disparition, comme n'en ayant aucune, et de justifier dès lors la prétention de l'Etat de leur en donner une d'après son bon plaisir. Ceci était d'autant plus grave que la doctrine présentant l'apparition d'une personne fictive comme l'œuvre de l'Etat, paraissait logiquement légitimer sa prétention à la succession de sa créature.

Dans la situation embarrassante où l'habitude du concept *de sujet de droit* mettait les jurisconsultes

allemands, vis-à-vis du patrimoine après l'avoir débarrassé du fantôme de son sujet, l'attitude que prend M. Brinz en disant qu'il n'en a plus besoin, se suffisant à lui-même à raison de sa destination, est, certes, la plus franche ; quoiqu'il faille bien reconnaître qu'une volonté est mise en œuvre dans son fonctionnement juridique.

Les jurisconsultes français, considérant les avantages économiques qui se réalisent à travers tous les droits privés pour les hommes (1) identifièrent la notion de sujet d'un droit avec celle de bénéficiaire d'un droit.

Par là, ils furent amenés, afin de présenter à l'Etat — ami de la fiction — les véritables destinataires des biens des personnes civiles, à placer à la tête du patrimoine, que les théories allemandes avaient laissé sans sujet, l'ensemble des véritables bénéficiaires comme autant de sujets d'une *propriété collective* ou *en main commune*. Or, ces nouveaux sujets se montrèrent récalcitrants à s'adapter à l'état du droit actuel et impuissants à faire fonctionner le patrimoine dont ils devaient bénéficier ; sans compter que toutes les fois que les destinataires étaient la masse incertaine et diffuse des bénéficiaires d'un hospice ou d'une fondation, on aurait pu s'étonner de voir ces prétendus sujets des droits

1. V. Geny. *Méthode*, n° 65.

composant le patrimoine de la fondation n'exercer — même par la délégation la plus éloignée — aucun acte de ceux qu'on voit accomplir d'habitude aux autres sujets de droit.

De plus, et même en dehors des fondations, pour accepter les bénéficiaires comme sujets des droits contenus dans *un patrimoine de création technique* (personne morale), il aurait fallu bouleverser la moitié des théories du droit civil, la théorie de la propriété, celle du droit de créance et celle de la compensation, au moins.

Ainsi, ce qu'on reprochait à la fiction, comme sujet de ces patrimoines, c'était de masquer les véritables bénéficiaires des droits qui y sont groupés et d'être à ce point de vue une théorie fausse et dangereuse, étant donné que le sujet d'un droit était apparemment son destinataire. Mais si, d'autre part, on se plaçait du côté des bénéficiaires, on les voyait bien profiter des avantages économiques de ces patrimoines, mais ils devaient, en quelque sorte, les attendre d'une force intermédiaire qui ne les représentait pas, au sens juridique moderne, et leur interdisait, en même temps la plupart des actes qui sont dans le pouvoir d'un sujet de droit. Les bénéficiaires sujets du patrimoine d'une personne fictive ! — s'écriaient les partisans de la fiction — pourquoi alors ces prétendus sujets sont-ils propriétaires de meubles, quand dans leur patrimoine collectif il n'y a que des immeubles ?

Certes pour des démolisseurs d'abstractions juridiques « afin qu'on voie les réalités de la vie » c'était là une question fort embarrassante ! Et l'on n'aurait pas moins embarrassé les ennemis de la « fantasmagorie » en leur demandant par quelle autre « fantasmagorie » ces immeubles sont devenus des créances ? Ceci était en effet au moins tout aussi incompréhensible que de concevoir « d'autres bénéficiaires de droits que les hommes ».

Il nous semble cependant, que de chaque côté on avait raison, que chacun cherchait dans le sujet d'un droit ce qui doit s'y trouver, que la vérité était des deux côtés de la controverse et qu'il n'y avait qu'à se déplacer et changer de point de vue pour la voir.

C'est ce que nous allons essayer de préciser de plus en plus.

De la sorte, nous espérons faire voir que si l'on continue la controverse entre les partisans de la fiction et ceux de la *propriété collective* ou *propriété en main commune*, dans les termes où elle s'est arrêtée, elle restera insoluble, car la fiction comme sujet du *patrimoine de création technique* ne doit pas le soustraire à ses destinataires et ceux-ci ne peuvent fonctionner comme sujets des droits contenus dans ce patrimoine qui ne peut se passer d'un sujet actif.

Nous essaierons, en partant de cette idée, de construire une nouvelle théorie qui, sans perdre de vue les destinataires comme but de ce patrimoine, lui

donne en même temps un sujet actif qui ne soit ni la personne fictive ni les destinataires.

b) *Points sur lesquels notre système sera différent des systèmes précédents.* — Comme notre tentative peut inspirer quelque méfiance après les innombrables théories proposées dans cette matière et, afin qu'on ne nous accuse pas de reproduire en d'autres termes un des systèmes déjà éprouvés, nous allons, en changeant un instant notre méthode, préciser, avant tout, les points sur lesquels nous nous écarterons des anciens systèmes.

1° *La supériorité du but d'un droit sur son sujet juridique.* — Nous acceptons comme vérité indéniable que la destination de tout patrimoine, surtout de création technique, est sa seule raison d'être, et ceci nous sépare de la théorie de la fiction.

2° *Tout patrimoine a un sujet qui est l'instrument réalisateur de sa destination.* — Le patrimoine qui nous occupe ne peut avoir pour sujets juridiques des droits qui y sont contenus l'ensemble des destinataires, soit sous le nom de *propriété en main commune* (comme dit M. Saleilles), soit sous celui de *propriété collective* (comme dit M. Planiol).

L'observation et l'analyse révèlent un sujet juridique propre à ces patrimoines et sans le reconnaître on ne pourra pas donner une explication plausible à l'article 569 du Code civil, ni à l'absence de compensation dans les hypothèses précédemment indiquées.

Le sujet de ces patrimoines est, aussi bien que pour les patrimoines personnels, la volonté qui les administre ; c'est là une force réelle. Donc, il n'y a, pour nous, ni fiction comme dans l'ancienne théorie, ni absence de sujet comme voudrait M. Brinz.

L'identité d'une volonté comme sujet d'un patrimoine s'établit par la synthèse des manifestations poursuivant le même but, accompagnées de signes conventionnels dont l'emploi constant est pourvu d'une sanction. Cette volonté en tant que sujet actif de n'importe lequel des droits inclus dans ce patrimoine n'est qu'un instrument, aussi bien que le droit en question ; elle peut servir par l'avantage réalisé son auteur même ou avoir en vue un autre destinataire.

Les droits n'ont pas en eux-mêmes leur finalité, celle-ci leur étant extérieure, en quelque sorte, supérieure et résidant tout entière dans les buts reconnus justes et utiles à la vie par la conscience collective.

3° *Il n'y a pas de séparation de patrimoines avant que les droits aient changé de sujet actif.* — La séparation de patrimoines se fait entre le *patrimoine de création technique* et les patrimoines personnels d'où les biens sont sortis pour la formation du premier ; les patrimoines personnels constituant les apports ne sont pas toujours les patrimoines de ceux à qui sont destinés les avantages réalisés par la nouvelle forme

d'appropriation. Cette séparation ne se fait pas, d'après notre théorie, comme voudrait M. Saleilles, par l'intention subjective (1), moyennant publicité, de celui qui apporte ces biens et qui en resterait encore propriétaire au sens juridique du mot. Si cela pouvait se faire, le commandité l'aurait fait dans l'histoire et les commanditaires eux-mêmes ne cesseraient pas, de nos jours, d'être propriétaires d'immeubles au cas où la commandite en possède. C'est surtout cette conséquence que ni le système de M. Saleilles ni celui de M. Planiol n'arrivent à écarter, du moment que le patrimoine collectif a, *parte in qua*, le même sujet juridique que le patrimoine personnel.

La séparation de patrimoine ne s'opère pas, dans notre système, par une scission faite à l'intérieur du même patrimoine, mais *par la mise des biens sous le pouvoir d'une autre volonté* qui est le sujet juridique du *patrimoine de création technique*.

Ce n'est donc qu'en tant que l'affectation devient une aliénation que la séparation de patrimoine s'opère (V. ci-dessus, p. 80 ss.).

c) Acceptation du postulat des théories récentes et nécessité d'une nouvelle conception du sujet juridique. — Nous concédons aux amis des réalités de la vie dans le droit « que c'est une vérité indéniable qu'il ne saurait y avoir d'autres bénéficiaires des

1. V. ci-dessus, p. 75 et suiv.

droits que les hommes et nous ajoutons même que cette vérité doit être le signal fixe du juriste ; mais nous préférons la façon de s'exprimer du jurisconsulte romain qui disait *hominum causa omnes fructus natura comparavit*, ceci, au moins, ne peut prêter à l'équivoque (V. L. 28 D. 22.1).

Il faudra aussi reconnaître que si les réalités de la vie ne révèlent que des besoins en face d'utilités capables de les satisfaire, la science du droit a créé les moyens par lesquels les besoins reconnus légitimes peuvent être satisfaits : les droits ne sont autre chose que des moyens octroyés par les organes de la conscience collective aux besoins reconnus légitimes, des puissances sociales au service des hommes. La nature nous offre ses réalités utiles, la science les moyens d'y avoir accès et la science du droit ajoute encore la mesure et l'ordre dans lesquels les individus peuvent y avoir accès. *Semina nobis scientiæ natura dedit, scientiam non dedit* (1). Les droits sont donc de création scientifique ; ils représentent un ensemble de moyens aptes à réaliser les buts de la vie dans l'ordre juridique.

Qu'est-ce maintenant que le sujet d'un droit sinon la volonté qui déclanche la puissance sociale, qui active le pouvoir conféré par un droit ? La volonté du propriétaire est le moteur du pouvoir exclusif de

1. Sénèque, Ep. 120 (lib. 20. 3, n° 4).

jouir de la chose, objet du droit de propriété. Il en résulte que le propriétaire apparaît comme sujet du droit de propriété, et le créancier sujet du droit de créance conférant le pouvoir d'exécuter celle-ci sur le patrimoine de son débiteur.

C'est parce que, dans ces hypothèses, le créancier ou le propriétaire exerce ce pouvoir pour son compte et que l'avantage économique qui résulte de l'exercice du droit lui est, en même temps, destiné et parce que le même individu porte l'étiquette juridique de sujet et l'étiquette économique de destinataire que dans ces cas la controverse ne peut prendre naissance, car celui qui aurait l'intention de trouver le destinataire en cherchant le sujet juridique peut toujours le trouver, et à l'inverse.

Pour mieux préciser notre pensée et faire voir comment la nécessité d'une modification de la conception du sujet juridique s'impose, nous ajouterons que pour la tournure, fort heureuse, à notre avis, que prend enfin la science du droit, en se penchant de plus en plus vers les besoins de la vie réelle afin de les interroger et les satisfaire, la controverse entre les partisans de la fiction et leurs adversaires devait nécessairement se poser comme une conséquence du postulat de l'Ecole historique. Voilà pourquoi nous avons, contrairement à l'opinion courante, présenté Savigny comme un chercheur de la réalité qui se cache derrière la fiction. Il fallait bien voir et

connaître cette réalité, car c'est bien pour la satisfaire que l'on avait créé des patrimoines avec des sujets fictifs.

En réalité les destinataires des biens de ces patrimoines apparaissent par delà la fiction, réduisant celle-ci au rôle d'instrument technique :

Ceci étant, la confusion entre l'étiquette juridique et l'étiquette économique ne pouvait empêcher ici le quiproquo de la controverse, qui n'existe à notre avis que tout simplement parce que celui qui veut trouver le sujet juridique de ce patrimoine en méconnaît le destinataire et parce que celui qui aperçoit les destinataires s'obstine à en faire les sujets juridiques des mêmes droits patrimoniaux.

Nous espérons avoir montré au moins que le combat se livre autour d'un mot, le mot *sujet*, par lequel chacun voudrait indiquer la vérité qu'il défend, sans que les deux vérités soutenues dans la solution de notre problème soient inconciliables.

Quand une traduction inexacte de deux idées différentes par le même terme a installé la contradiction au cœur même de la question posée, est-il étonnant que la contradiction se retrouve dans les solutions qu'on en donne (1) ? Le mal provient seulement de ce qu'on s'est obstiné à étudier la question théori-

1. Cf. Bergson. *Les données immédiates de la conscience*, 4^e édit. Paris, Alcan, 1904 et le même, *Matière et Mémoire*.

quement sans l'orienter vers son utilité, et de ce qu'on l'a poussée vers l'utilité se dispensant de l'approfondir théoriquement, afin d'arriver à l'utilité à atteindre. Ces deux aspects de toute question de droit doivent être conciliés sans cesse. La manière de procéder à propos de notre problème était toute indiquée depuis que Ihering a magistralement posé le problème en nommant la personne morale « *un ayant cause technique* » et en affirmant que « le destinataire de tout droit c'est l'homme » (1), mais il a, du même coup, logé la controverse dans le mot sujet, car il ajoute : « *les véritables sujets des droits ce ne sont point les personnes juridiques ce sont leurs membres isolés* (2) ». Pourquoi le grand Maître n'a-t-il pas tranché ce nœud gordien, pour prévenir la controverse entre ceux qui s'obstinent à chercher les deux aspects de la question en se plaçant à un seul point de vue, au lieu d'en faire le tour ? Mais faisons un effort quant à nous, et puisque notre science « n'est qu'une *materia medica* » une théorie « des moyens que le droit tient en réserve pour les buts de la vie » traversons le problème en partant d'un point de la question pour atteindre et réaliser l'autre qui est le véritable but. Le sujet juridique, même dans les personnes morales, n'est que le

1. Ihering, t. IV. *Esprit du Dr. Rom.*, p. 329.

2. Ihering. *Eodem*, p. 343.

moyen par lequel un droit fonctionne pour servir son destinataire, n'est que la volonté qui déclanche et met en œuvre la puissance sociale incluse dans un droit, n'est que le moteur d'un droit ; voilà pourquoi on l'appelle aussi le sujet actif. Cette volonté peut-être celle même du destinataire du droit et alors la volonté comme sujet juridique peut se confondre sans inconvénient avec le destinataire même du droit, comme cela arrive dans la grande majorité des cas pour les droits individuels.

Dans les *patrimoines de créations techniques*, qu'on nomme personnes morales, cette distinction entre la volonté sujet d'un pareil patrimoine et les destinataires de ses biens doit toujours être faite ; elle est visible même si celui dont la volonté est sujet du patrimoine social profite en partie des biens y contenus. Par exemple dans la commandite le gérant signe de la raison sociale. Le sujet juridique est dans ces cas, comme dans les autres, la volonté qualifiée pour accomplir les actes juridiques relatifs à la gestion, actes qui peuvent être conclus même avec les destinataires des avantages réalisés par ces patrimoines. Car les rapports juridiques sont établis entre des sujets de droits, et les avantages qui en résultent se localisent chez des personnes physiques, la vie de ces dernières étant le but de tout droit et la volonté qui travaille comme sujet juridique n'en étant que l'instrument.

Si les droits n'existent qu'à raison des personnes et ne sont possibles que là où ils atteignent leur destination, c'est-à-dire là où ils peuvent être utiles à des personnes physiques ils ne peuvent, d'autre part, être mis en œuvre que par la volonté, leur sujet actif. Témoin les incapables qui sont bien les destinataires des droits de leurs patrimoines mais qui ne peuvent les mettre en œuvre qu'en empruntant une volonté, parce qu'ils n'en ont pas. La représentation parfaite que nous connaissons en pareil cas n'est qu'une exception aux principes de la vraie science, celle des jurisconsultes romains qui ne se hâtaient jamais dans la généralisation. Les juristes modernes ont érigé la représentation parfaite en principe — c'était bien parce que c'était utile ! — mais pourquoi se sont-ils laissés entraîner par l'analogie superficielle et ont-ils hâtivement généralisé le principe ? N'est-ce pas le principe de la représentation parfaite qui a favorisé la théorie de la personne fictive ? N'est-ce pas les administrateurs, représentants parfaits, qui ont créé, au grand mépris de la réalité, des droits pour un fantôme ?

L'ancienne théorie de la représentation imparfaite aurait dû aboutir pour les personnes morales à ce dédoublement de la personne que nous proposons de reconnaître et qui est réalisé de nos jours, en sujet juridique, instrument des droits d'une part, et en personne physique bénéficiaire des droits de l'au-

tre. Le tuteur à Rome *quum auctoritatem præstabat* ne complétait-il pas par son *auctoritas* la volonté du pupille impuissante à agir toute seule ?

Actuellement cette combinaison est invisible pour le commandité qui signe pour le patrimoine social de la raison sociale et pour ses affaires particulières de son nom personnel. C'est qu'il y a à côté de son patrimoine personnel un patrimoine social auquel sa volonté sert d'instrument, et, pour ne pas confondre les deux situations, il y a une étiquette sociale conventionnelle qui indique quand il agit comme instrument juridique et comme but à la fois, ou comme instrument seulement. Les autres administrateurs font de même. L'administration, le gérant, la personne, voilà ce que le langage de tous les jours a trouvé pour traduire la nuance circonstanciée du sujet juridique.

La *negotiorum gestio* ne contredit pas notre observation. Les droits et les biens n'étaient-ils pas acquis juridiquement dans le patrimoine du tuteur passant ensuite par des actes juridiques appropriés dans celui du pupille devenu capable ? Le tuteur représente son pupille au point de vue économique, mais non au point de vue juridique ; les avantages et les charges résultant des actes accomplis comme tuteur devaient se loger d'abord dans le patrimoine de celui-ci et sa volonté devait s'employer une seconde fois comme instrument juridi-

que accomplissant les actes qui devaient les transmettre dans le patrimoine du pupille. C'est afin de supprimer cette seconde opération et éviter aux valeurs destinées au patrimoine du pupille provisoirement localisées dans celui du tuteur, les risques d'insolvabilité de ce dernier patrimoine que le système des actions *adjectitiæ qualitatis* et des *exceptions, jure prætorio* fut inventé (1).

Le procédé est identique pour les *municipia* et les autres *corpora* (2), dont les administrateurs transmettent par des actes juridiques appropriés les résultats des opérations destinées au patrimoine du *corpus* qui sont d'abord passés par le patrimoine de l'administrateur. Même système *d'actions* et *d'exceptions* que pour le tuteur et le pupille, afin d'atteindre le nouvel administrateur et dégager l'ancien (3).

C'est par cette continuelle transmission des biens, qui ne s'arrêtent jamais définitivement dans le patrimoine privé d'un administrateur, que leur destination est maintenue sans avoir besoin d'imaginer une

1. V. sur ce point Windscheid, *Pandekten*, t. II, § 482. — Schlossman dans *Jahrbücher* de Ihering, 28. 1889, p. 287-343 et Mitteis, *Jahrbücher* de Ihering, 39. 1897, p. 167-173. — Cf. aussi le *Manuel* de M. Girard, p. 664-670, de la 3^e éd.

2. 5. 39. *D. De pæcunia*, t. XIII, V.

3. Cf. Girard. *Loc. cit.*, p. 666.

personne fictive qui serait représentée par les administrateurs.

Voilà comment la volonté d'une personne agit déjà en droit romain comme instrument de la destination d'une catégorie de biens, moyennant des actes juridiques que ce sujet de droit conclut pour faire atteindre aux biens leur but.

C'est bien pour dégager la responsabilité personnelle des administrateurs comme on l'a vu ci-dessus (p. 41 s.), que la fiction d'une personne représentée par eux s'est introduite, car on n'avait pas d'autre moyen pour distinguer entre la volonté de l'administrateur comme sujet de son patrimoine personnel et la même volonté comme sujet du patrimoine social.

L'emploi des raisons sociales ou des sceaux et formules d'administration, a déjà réalisé le progrès de cette distinction, désormais possible.

Ainsi, cet instrument qu'est la volonté en tant que sujet juridique de différents droits, n'arrive à se différencier selon les circonstances où elle agit, que moyennant des signes d'identité appropriés au but qu'elle poursuit. Prenons l'exemple souvent répété du commandité dont la volonté est sujet juridique de deux patrimoines, le patrimoine social et son patrimoine à lui, et où le but poursuivi par la volonté dans chacune de ces deux circonstances est révélé par la signature employée : la raison

sociale au premier cas et le nom personnel dans le second. Maintenant que cette nécessité d'une nouvelle conception du sujet juridique a été sommairement justifiée nous remarquerons qu'elle nous semble réclamée par la véritable conception que l'histoire s'est faite de la séparation de patrimoines, tant dans la création d'un *corpus* que d'une société commerciale.

d) Véritable conception historique du moyen par lequel une séparation de patrimoine s'opère dans notre matière. — Nous avons déjà longuement insisté ci-dessus (p. 78 s.) sur la séparation de patrimoines qui s'opère pour les commanditaires dans la commandite, en réfutant la conception de M. Saleilles sur le moyen par lequel cette séparation s'opère. Rappelons-nous que M. Saleilles prétend que c'est *l'intention subjective* des commanditaires, moyennant publicité, d'affecter les apports au commerce du commandité qui opère la séparation de patrimoines et qu'il croit cette séparation possible même à l'intérieur du patrimoine du commandité qui resterait au même titre titulaire des deux parties de son patrimoine, exactement comme les commanditaires gardent leurs patrimoines personnels et sont en même temps et avec le commandité copropriétaires du patrimoine social.

Remarquons que la chose n'est pas possible pour les commandités et que si elle l'est pour les com-

manditaires elle entraîne comme résultat l'interdiction pour ceux-ci de s'immiscer dans la gestion du patrimoine de création technique. Maintenant, demandons-nous si l'on peut encore appeler *propriétaires* ces commanditaires qui ont entièrement perdu les attributs du droit de propriété sur leurs apports, tant que dure la société, et qui sont devenus des simples créanciers des bénéfices à leur distribuer.

La question ainsi posée laissera voir, nous l'espérons, l'impossibilité d'admettre avec M. Saleilles que le commandité devrait pouvoir scinder son patrimoine en deux, restant au même titre titulaire des deux patrimoines.

Quel est alors, en droit coutumier, le phénomène juridique qui réalise cette séparation de patrimoines dans notre problème ?

Avant de rappeler la réponse à laquelle nous sommes arrivé quand nous avons critiqué le système de l'affectation proposé par M. Saleilles, posons la même question pour les *corpora*, hérités par le droit coutumier du droit romain.

Comment la séparation absolue de patrimoines entre les droits de la corporation et les droits particuliers des individus qui la composent s'est-elle opérée ?

Rappelons-nous que pour la commandite, les apports des commanditaires se séparaient de leurs patrimoines par leur mise sous le pouvoir absolu

(propriété) du commandité, seul connu des tiers, et que les commanditaires avaient eu beaucoup de mal, dans l'histoire, à se dégager de la responsabilité intégrale envers les créanciers sociaux qu'impliquait l'idée de société, et à affranchir le reste de leurs patrimoines en limitant cette responsabilité à leurs apports.

D'autre part, ce n'est que lorsque la personnalité fictive des corporations devint d'une simple figure de langage, une construction juridique que les membres actuels des *corpora* cessèrent d'être titulaires de quotes-parts idéales dans les biens de ceux-ci, et que leurs administrateurs dégagèrent leurs patrimoines de la responsabilité des actes où ils agissaient comme mandataires de la personne fictive.

Ainsi, les administrateurs exercent sur les apports des membres d'un *corpus*, au nom d'une personne fictive, le même pouvoir que le commandité exerce, en son nom, sur les apports des commanditaires ; en d'autres termes, le rôle que joue les administrateurs d'un *corpus* est identique à celui que jouerait le mandataire général du commandité dans la commandite.

C'est afin de soustraire une personne avec son patrimoine à la responsabilité intégrale d'une série d'actes, accomplis par cette personne comme simple instrument, qu'on considère, par la *théorie de la*

représentation, ces actes comme accomplis pour le compte d'un être fictif.

En réalité et pour nous tenir à la séparation de patrimoines, c'est, dans la commandite comme dans les corporations, toujours la mise des apports sous le pouvoir d'une autre volonté, sujet juridique du patrimoine ainsi formé, qui sépare ces apports des patrimoines d'où ils sont sortis.

Nous avons ci-dessus (p. 85 s.) identifié cette opération avec une aliénation, et si ce caractère est plus accentué en cas de corporation sans but lucratif, il ne l'est pas moins en cas de commandite (1).

Tout ce que nous pourrions dire à ce sujet, pour respecter la vérité historique, c'est que les apports sont faits au *corpus*, pour qu'ils se détachent des individus et que les commanditaires se sont détachés des apports faits au commandité pour affranchir avec leur individualité le reste de leur patrimoine. Cette différence de nuance tient au caractère différent du droit romain et du droit coutumier, le premier étant individualiste et le second social.

1. Nous avons même comparé (p. 69, n. 1) cette aliénation avec celle qui a lieu en cas de vente simulée en ajournant l'explication de cette analogie que nous pourrions donner ici : c'est que, comme partout dans le droit, une opération juridique ne se confond pas avec son but et n'est qu'un instrument qui peut atteindre des buts différents.

Mais d'un côté et de l'autre, la réalité qui se cache derrière les concepts juridiques et indépendamment du point de vue des deux techniques, coutumière et romaine, est identique : ce sont des biens qui sont mis sous le pouvoir d'une autre volonté et c'est ce changement de la forme d'appropriation qui crée la séparation de patrimoines.

C'est là un premier aspect de la séparation : entre le patrimoine créé par les apports et les patrimoines d'où ils sont sortis.

Il y a un second aspect, autrement délicat et bien plus difficile à préciser : la séparation qui existe entre les patrimoines personnels des administrateurs et le patrimoine dont leur volonté est le sujet juridique. Nous avons vu comment la personnalité fictive du *corpus* et la théorie de la représentation parfaite ont opéré ce second aspect pour les administrateurs d'une corporation. Nous avons vu également l'influence exercée sur la conception de la personnalité fictive par la confusion entre les *communautés* du moyen âge et les *corpora*, quant à la propriété des biens en faisant partie (V. ci-dessus) (1). Remarquons que le mérite de la conception de la personnalité fictive d'avoir dissipé cette confusion n'a peut-être pas été étranger à son emploi pour obtenir la

1. Cf. Saleilles, *loc. cit.*, *Annales du dr. comm.*, t. IX, p. 71 et suiv.

séparation de patrimoine entre le *corpus* et les patrimoines personnels de ses administrateurs ? Peut-être aussi la théorie de la représentation d'un être fictif n'est, comme nous l'avons vu, qu'un concept juridique employé pour distinguer entre l'activité d'une volonté agissant pour le compte de son auteur et l'activité de la même volonté se manifestant comme instrument d'un autre but.

Si nous passons maintenant à la commandité la possibilité de distinguer, autrement que par la représentation, entre les actes personnels du commandité et ses actes commerciaux, est apparue par l'emploi de la raison sociale pour signer dans les actes de cette dernière catégorie (1).

Nous avons vu comment l'emploi de la raison sociale permet à la volonté du commandité de servir de sujet juridique au patrimoine de la commandite qui se trouve cautionné, de ce fait, par le patrimoine personnel de l'auteur de cette même volonté.

La peine du délit d'abus de confiance, auquel s'exposerait le gérant qui signerait de la raison sociale

1. Cf. Ehrenberg. *Beschränkte Haftung des Schuldners nach See- und Handelsrecht* (Iena 1880, p. 454. — Laband. *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften* (dans la *Rev. de Goldschmidt*, t. XXX, p. 469, t. XXXI, p. 1 et suiv.).

2. La pratique des maisons sociales est apparue en France et en Hollande. Cf. Renaud. *Das Recht der commanditgesellschaften*, p. 32, note 19-20. — Merlin. *Répert. V° Société*, sect. II, § 3, art. 2, p. 666, édit. de 1815).

dans ses affaires personnelles, est la sanction de la séparation des deux patrimoines qui ont comme sujet juridique la volonté d'une même personne devant s'exercer à deux titres différents.

e) *Résultats pratiques de notre théorie.* — Nous espérons pouvoir montrer, enfin, comment, dans notre système, les avantages théoriques d'un patrimoine avec son sujet actif, distinct des destinataires, nous aide à réaliser entièrement le postulat des théories récentes, conciliant à la fois la tendance scientifique vers la synthèse avec la variété des buts à atteindre.

Il est bien clair d'abord, pour ce qui est du rôle de l'Etat dans cette matière, que les intérêts des bénéficiaires sont aussi bien sauvegardés dans notre théorie que dans celles qui les rappellent à l'attention de l'Etat par des noms suggestifs donnés au *patrimoine de création technique*, en l'appelant *patrimoine d'affectation ou propriété collective*, et voici pourquoi.

Ce patrimoine n'étant créé que pour réaliser une forme d'appropriation indispensable aux manifestations de la vie, il n'est, aussi bien que la volonté qui lui sert de sujet, qu'un instrument. Sa raison d'être et celle de tout son contenu n'est que sa destination. « Les droits, dit Ihering, n'existent point pour réaliser l'idée de la volonté juridique abstraite ; ils servent au contraire à garantir les intérêts de la vie, à aider à ses besoins, à réaliser ses buts. Telle

est leur mission, telle est la fin et la mesure de la volonté... L'utilité, non la volonté, est la substance du droit (1). »

Ce patrimoine et son sujet juridique, *la volonté agissante*, ne soustraient point les biens à leurs destinataires, ils ne sont que des moyens, n'existant qu'à raison de ces destinataires et pour servir leur utilité. L'Etat ne peut donc pas considérer les biens d'un pareil patrimoine comme restés sans but à la fin de son existence technique, ces biens devant garder leur destination qui survit à la forme juridique par laquelle elle se réalisait. Si la forme qui prend fin a été la condition de la destination actuelle des biens, ceux-ci doivent revenir à leur auteur originaire ou à ses représentants. *Il n'y a pas de déshérence, car il y a toujours un destinataire.* Cette destination des biens qui crée le droit moyennant lequel elle est assurée s'impose à l'Etat ; il doit la respecter comme toutes les manifestations utiles à la vie sociale, au même titre que la propriété individuelle ou une créance dont l'objet est licite.

L'utilité des destinataires étant le but qui justifie à lui seul la création d'un droit, le *patrimoine de création technique* et la volonté qui l'anime comme sujet juridique n'étant que les moyens qui doivent s'y assujettir, on comprend non seulement le rôle

1. *Esp. du droit rom.*, t. IV, p. 327.

que l'on doit imposer à l'Etat dans la disparition de la forme technique d'appropriation, mais même celui qu'il doit garder dans son autorisation initiale. *Ce n'est pas l'Etat qui crée le droit mais l'utilité, reconnue légitime par la conscience collective dont l'Etat est l'organe.*

Tout propriétaire de biens doit pouvoir leur donner librement la destination qu'il entend, pourvu qu'elle ne soit pas contraire à l'ordre public, et choisir l'instrument juridique apte à la réaliser, dans notre hypothèse le *patrimoine de création technique*, appelé selon les circonstances société commerciale, association, fondation.

Voilà comment, pourrions-nous le dire en passant, le droit français serait en mesure de créer la *fondation de droit privé* autrement que par les libéralités avec charge. Le rôle de l'Etat ne doit être autre que celui d'un contrôleur officiel de la conformité de cette volonté individuelle avec l'ordre public, son intervention devant se borner à breveter cette conformité, en attendant l'époque où, à part son droit de police générale, son intervention n'aura plus lieu avant la formation du patrimoine technique, pour ériger le fait en droit, mais après, pour retirer le caractère de droit au fait reconnu nuisible, en refusant d'accorder à ses manifestations la vertu de créer des effets de droit, par une théorie appropriée de la nullité. Voilà pour le rôle de l'Etat.

Assurons-nous, maintenant, que dans le fonctionnement pratique des patrimoines de création technique l'explication unique que nous proposons, depuis le patrimoine de l'Etat et de ses services publics jusqu'à la fondation de droit privé, réalise entièrement le postulat des nouvelles théories, mais sans varier les systèmes selon les buts à atteindre et sans imposer aucune exception aux principes généraux, tant en matière de propriété qu'en matière de droit de créance.

Cette synthèse dans la théorie du patrimoine, envisagé comme instrument réalisateur des buts différents de l'appropriation, nous l'avons obtenue en modifiant la conception du *sujet juridique* des droits qui est pour nous non pas le destinataire d'un droit mais la volonté qui active la puissance et dont le droit est armé pour lui faire atteindre sa destination. Ecartons en passant l'objection qui pourrait être tirée de la liberté que nous prenons de proposer cette modification en faisant remarquer, d'abord, que pareille liberté est pleinement justifiée à l'égard d'une conception scientifique, dont le caractère immuable n'a pas encore été établi (1), et, ensuite, que celle que nous proposons servira tout autant que l'ancienne et plus largement l'utilisation du principe auquel elle est affectée.

1. V. Geny. *Méthode*, n^{os} 65 et 158.

Ce principe, reposant sur les données objectives de la nature des choses, nous semble être le suivant : tout droit implique à titre de support, sans lequel il ne saurait subsister, une volonté actuellement existante qui en soit le moteur ou *le sujet actif*.

C'est pour avoir voulu dégager ce principe, *objectivement nécessaire*, par l'intermédiaire d'une conception idéale, *celle de la personnalité* (1), au lieu de le tirer directement de la nature des choses, que notre dogmatique l'a présenté sous la forme inexacte qu'un droit ne peut être reconnu au profit d'une personne qui ne soit au moins conçue, et qu'à défaut d'un être humain, les droits privés ne se conçoivent qu'en faveur d'entités abstraites, érigées en personnes civiles (2). Une fois le *sujet juridique* vu à travers le concept de personnalité juridique qui confondait déjà le but d'un droit, la personne vivante, avec l'instrument scientifique mis à son service dans l'ordre juridique, *la personnalité*, il s'est prêté lui aussi à cette confusion, désignant à la fois le moteur social

1. Sur le caractère artificiel de la construction juridique de la personnalité, même individuelle. Voyez Hauriou : « De la personnalité comme élément de la vitalité sociale », n° 11. *Revue génér. du droit de la légis. et de la Jurisp.* 1898, p. 18-20.

2. Cf. Geny. *Méthode*, p. 121.

d'un droit et son destinataire (1). Or, *la personnalité* et le *sujet de droit* ne composent pas plus la personne vivante que les atomes et les molécules ne composent, effectivement et en dehors de tout concept scientifique, un corps simple.

Une fois le vice du procédé indiqué, la fausseté du pseudo-principe de notre dogmatique, *pas de droit sans sujet* (sujet entendu comme personne), devient éclatante, dans ses conséquences : en quoi les biens d'une personne morale ont-ils un maître parce qu'ils sont attachés à un fantôme ? Comment concilier les substitutions (art. 1048, 1050 et 1054 du C. civ.) et les donations en faveur de mariage, prévues à l'article 1082 du Code civil, avec les conséquences du principe qu'on formule en axiome ? Si ce principe comportait l'armature logique qu'on lui prête, le législateur y pourrait-il porter atteinte ? (2). La manière dont nous avons présenté le véritable principe tient compte de ces questions et notre conception du sujet juridique nous permet de dire *qu'il n'y a pas de droit sans sujet, c'est-à-dire sans une volonté préposée à sa conservation et sa mise en œuvre*, comme il n'y a *pas de droit sans destinataire* au moins éven-

1. Ce reproche ne s'adresse pas aux juriconsultes romains.

2. Cf. pour d'autres exceptions au principe, tel qu'il est formulé par le dogmatique actuel le Geny, *loc. cit.*, p. 121-122 et note.

tuel, car il y a là deux choses distinctes au point de vue scientifique et qu'on a eu tort de confondre. L'ordre juridique ne peut attendre les volontés encore inexistantes, *vacuum non patitur*, pour la maîtrise des droits et ceux-ci n'ont pas de sens s'ils n'ont pas de destinataire.

Une fois le principe de l'inexistence des droits sans sujet sauvé dans son intégrité par l'adaptation de notre conception du sujet juridique à sa généralité, retenons-en cette idée que la théorie des droits et de leurs sujets n'est qu'un moyen scientifique de rendre tangibles, avec sécurité et constance, les réalités qui constituent le but du droit. Des moyens, rien que des moyens ! « Subjectives par leur nature, nos constructions techniques ne peuvent prétendre aux effets de l'objectivité. Et, en les utilisant pour étendre notre système juridique, il convient de ne jamais perdre de vue la possibilité et parfois la nécessité de les assouplir et de les transformer à nouveau (1). » Or, la réalité des phénomènes juridiques, dégagée du schème réalisé par le concept des droits et de leurs sujets, se présente comme un ensemble de valeurs destinées à la vie et auxquelles les besoins des hommes impriment une perpétuelle circulation.

Cette circulation se réalise par les voies tracées par la technique (actes juridiques), entre des cen-

1. Geny. *Méthode*, n° 80.

tres précisés par la technique (patrimoines). Le patrimoine de création technique n'est qu'un de ces centres intermédiaires. Tant que son existence est utile les destinataires des avantages résultant des biens soumis à cette forme d'appropriation prendront position en face de ce patrimoine pour recevoir, par les actes juridiques adéquats, ces avantages.

Les actionnaires recevront les bénéfices à eux destinés comme créanciers, les bénéficiaires d'une fondation comme donataires. Voilà, comment, pourrions-nous faire remarquer en passant, serait justifié le fonctionnement d'une fondation de droit privé indépendante. Voilà comment, encore, tous les principes du droit privé en matière de droit réel et droit de créance, l'absence de compensation et l'article 529 du Code civil entre autres, seraient respectés sans aucune modification.

Envisageons maintenant la fin de cette forme d'appropriation. La destination des biens peut persister par la création d'un nouveau patrimoine ou changer en traversant l'indivision pour aboutir à la forme normale de l'appropriation qui est la propriété individuelle.

Ce passage que subit une valeur à travers plusieurs formes d'appropriations, partant de la propriété individuelle par le patrimoine de création technique et arrivant à la propriété individuelle par le

droit de créance et l'indivision, peut être imposé à un bien par son propriétaire, sans autre ingérence de la part de l'Etat que de surveiller si on n'accomplit rien de contraire à l'ordre public. A cette condition, l'usage que l'on fait de sa propriété doit-il avoir d'autres limites que celui que l'on fait de sa liberté (1) ?

Ainsi, les patrimoines de création technique ne sont qu'une forme d'appropriation dans laquelle une catégorie de biens avec les droits y afférents relèvent d'un sujet juridique qui leur est propre, la volonté préposée au fonctionnement technique de ces biens ; ils réalisent, ainsi que toute forme technique d'appropriation, au profit des destinataires de ces biens, les avantages qu'on veut leur faire produire.

La volonté comme sujet actif des droits peut utiliser ceux-ci au profit de son auteur ou d'une autre personne. Et il y a deux manières d'exercer un droit pour un autre ou pour d'autres :

a) Faire produire l'effet du droit directement en la personne du représenté, par la représentation parfaite ;

b) Arrêter les résultats de l'exercice des droits sous la maîtrise de la volonté agissante et en transmettre ensuite les avantages aux vrais destinataires,

1. Pourquoi l'Etat interviendrait-il dans une aliénation simulée, en dehors de toute question de fraude ?

par des actes juridiques subséquents, et c'est le cas des *patrimoines de création technique*.

II. — *Justification de la méthode employée dans notre théorie*

Ainsi, le problème des *patrimoines de création technique*, consistant, au point de vue pratique, à ériger avec des biens provenant d'une seule source, comme dans la fondation et les services publics, ou de plusieurs, comme dans les sociétés, un patrimoine indépendant, qui fonctionne animé par une volonté propre, afin de réaliser les avantages qu'on en attend et les distribuer ensuite à des destinataires qui peuvent être ceux-là même qui ont assujetti les biens à cette forme technique d'appropriation ou d'autres, toutes ces données nous semblent respectées dans notre système. Ce même problème, qu'une analyse soignée des analogies profondes révèle comme identique depuis la personnalité de l'Etat (1) jusqu'à la fondation de droit privé, y comprises les sociétés et associations, nous semble également résolu au point de vue théorique dans le système que nous proposons.

Si l'on est effrayé un peu de l'audace avec laquelle nous proposons un système unique pour une riche variété d'espèces, à une époque et selon une méthode qui sont justement contraires à un pareil procédé, nous

ferons remarquer que le reproche ne nous semble point fondé, car c'est précisément pour éviter aux nouvelles méthodes d'interprétation juridique, que nous défendons de toutes nos forces, l'inconvénient de tourner vers l'empirisme, et pour concilier les sains procédés de notre science avec leur nouvelle et bienfaisante orientation vers les réalités de la vie que nous avons tenté pareil effort. Que l'on dégage le droit des entraves des constructions vieilles et qu'on l'attache à son but actuel et vivant : n'est-ce pas là éviter une immobilisation pour s'engager dans une autre qui deviendra sensible aussitôt que cette réalité, objectif passionnant de la nouvelle école, aura évolué ? (1)

Ce n'est pas de cette manière, trop simpliste à notre avis, que le problème de l'évolution des matériaux juridiques en face des constructions restées immobiles sera résolu. Attacher le droit à son but pour le tirer du cadre où il étouffait c'était bon à entreprendre du temps de Ihering, comme c'était bon aussi de confondre pendant une certaine époque le droit avec son but, afin qu'on empêchât sa confusion avec les constructions juridiques dont la logique interdisait au droit l'accès de la vie nouvelle. Mais qu'on abandonne tour à tour les conceptions

1. Nous nous proposons de développer ces idées, pour la jeune école française, mais à l'encontre de ses excès dans un futur travail.

théoriques moyennant lesquelles les buts des droits étaient atteints pour s'appliquer directement aux résultats à réaliser et qu'on réfléchisse si ce n'est là réaliser l'utilité d'une étape de l'évolution moyennant le sacrifice des instruments destinés à servir les buts des étapes à venir (1).

1. Prenons, pour justifier ce que nous venons de dire, deux exemples de systèmes bien récents et on verra comment l'attachement du droit au but à atteindre, qu'a tant prêché Ihering, suppose le but déjà connu, bien qu'il ne se révèle souvent que par la critique des résultats auxquels mènent les moyens déjà connus, et comment, d'autre part, une théorie aménagée en vue d'un but entrevu à une époque restera aussi immobile en face des buts à venir qu'une construction logique qui s'est adaptée un instant au but à atteindre (Voir pour une critique savante et élevée de la théorie de Ihering O. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, t. I, 1895, p. 121).

1° Prenons la théorie bien connue de Ihering sur la possession comme *extériorité de l'exercice d'un droit*, groupant déjà en système ce qui, pour Savigny, n'était qu'exceptions, et comparons-la avec la théorie de *Goldschmidt* dont s'inspire le paragraphe 854 du Code civil allemand qui définit la possession *die thatsächliche Gewalt über die Sache*, en considérant comme maître de la chose celui qui, d'après les idées ambiantes, conformément aux mœurs et aux relations sociales, est considéré à l'extérieur comme celui de qui la chose dépend.

Tandis que la théorie de Ihering attache le *symptôme* de la possession au but d'un droit (droit de propriété) ou d'une série de droits déterminés, la seconde est une conception populaire, nous pourrions même dire sociale, où la possession est devenue l'instrument juridique de la protection due à la maîtrise exercée sur une chose pour atteindre des buts qui restent mouvants avec l'évolution de la vie (V. pour la théorie de Ihering ses *Œuvres choisies*, II, 1893, p. 213-263.

Ce n'est peut-être pas ici la place des considérations générales sur les méthodes nouvelles qui pour le cas unique qui nous occupe apparaîtraient comme démesurément étendues, mais insistons encore un instant. De ce qu'une construction juridique enchaîne le droit et l'immobilise en présence de l'utilité évolutive et changeante qui est son objectif, son but, il ne s'ensuit peut-être pas qu'il faille l'attacher directement à celle-ci, *omisso medio*. Ce que nous exprimons là comme un doute est devenu pour nous une certitude dans l'analyse des nombreux systèmes par lesquels les partisans des nouvelles méthodes ont essayé de remplacer le système de la fiction. Leur impuissance, reconnue par tous, de coordonner toutes les solutions nécessaires dans notre matière, n'est-ce pas une preuve de l'impuissance de la méthode elle-même dans la voie où tous ces systèmes l'ont engagée ?

Que ce soit sous le nom (1) de propriété collective

Pour la théorie de Goldschmidt, Saleilles *De la possession des meubles*, Paris, 1907, p. 14-19).

2° Prenons aussi la stipulation pour autrui : Quand le but à atteindre est une personne existante elle peut s'expliquer par la gestion d'affaires, tandis que la même théorie reste impuissante devant les besoins de la prévoyance moderne qui demandent comme but d'une assurance sur la vie une personne à venir.

1. *La volonté collective* de Gierke est une fiction. — Voir la démonstration de cette affirmation dans Duguit, *L'Etat*, T. I, p. 3 et suiv.

ou d'affectation c'est toujours la méthode du droit identifié avec son but qui, non seulement diversifie les théories selon les variétés des buts, — ce qui ne serait pas un mal à notre avis, car nous sommes loin d'être partisan de l'unité systématique en sacrifiant le but à atteindre, — mais qui se montre, comme nous l'avons vu, impuissant à expliquer les solutions nécessaires pour que le but soit atteint.

L'on sera, certes, fort étonné, et nous l'avons été aussi, de constater que les inconvénients de la théorie de la fiction se rattachent à un vice identique à celui des nouveaux systèmes ; et c'est pourtant la vérité. N'est-ce pas la confusion sous le couvert de la nation *de sujet de droit*, du but d'un droit avec son mécanisme réalisateur qui a détourné, dans l'ancienne théorie, le *patrimoine de création technique* de son véritable but, ses destinataires ? On a feint un instant l'existence d'une personne pour animer ce patrimoine d'une volonté propre et le moyen est devenu but, se substituant aux vrais destinataires. On a voulu dans les théories modernes atteindre directement le but le croyant apte comme moyen et on n'a pas réussi. Il y a donc tantôt un moyen qui manque son but, tantôt un but manqué faute de moyen.

Il ne faut certes pas détacher le droit de son but si l'on veut éviter les erreurs du dogmatisme, mais le dégager de lui afin de mieux le lui soumettre. Décla-

rons les conceptions juridiques des simples moyens pour réaliser le droit, qui n'est lui-même qu'un simple moyen au service des buts de la vie, et nous les aurons désarmés de tout le mal qu'elles peuvent nous faire indiquant par là de quelle manière on doit s'en servir (1).

Voilà la méthode dont nous nous sommes servi : Qu'on la juge par son postulat « de réaliser un aspect systématique de la nature qui pour être systématique soit toujours celui de la nature », et par ses résultats non par la sincérité de ses procédés, ceux-ci étant du domaine de la libre recherche scientifique (2).

1. A ce point de vue les procédés de raisonnement des auteurs modernes sont particulièrement symptomatiques : il n'y a pas d'Etat, disent les uns, mais nous allons nous servir de l'expression, il n'y a pas de personnes morales mais on s'en sert toujours !

2. Nous nous proposons de montrer dans un prochain travail la possibilité d'adaptation de notre conception du sujet juridique dans la théorie de la stipulation pour autrui des substitutions et quelques hypothèses de même nature, où la véritable difficulté, que nous espérons vaincre, n'est pas, à notre avis, de concevoir des droits aux destinataires éventuels, mais de préparer des droits aux destinataires éventuels en les localisant dans l'ordre juridique actuel auprès d'une volonté existante qui serve d'instrument au destinataire avenir et qui puisse être quelquefois même celle d'un destinataire intermédiaire en attendant l'autre.

CHAPITRE II

Indivision

SECTION I

Considérations sur la méthode employée

Notions préliminaires sur le concept en général (1).

De notre étude sur la personnalité morale il se dégage que l'appropriation des choses a pour but l'utilité qui en résulte, que le droit doit poursuivre la réalisation de cette utilité et sa localisation dans la mesure dictée par la justice et que la forme juridique de cette appropriation « le patrimoine », en tant que construction juridique, est l'instrument indispensable pour atteindre ce but.

Dans la systématisation théorique de cette construction, nous avons dénoncé les tendances qui nous entraînaient à des résultats sans rapport avec les

1. Ihering. T. III, p. 66. « L'absence d'unité systématique et les contradictions. »

réalités objectives qui étaient notre signal fixe, afin d'aboutir à une construction aussi utile au point de vue de la systématisation théorique que soucieuse des résultats à atteindre. Jusqu'ici nous nous sommes montré fidèle à la pensée d'un de nos maîtres qui domine et éclaire cette étude comme un postulat de la méthode employée : réaliser un « aspect systématique de la nature ».

Nous nous trouvons maintenant devant une nouvelle forme juridique de la propriété : envisageons-la toujours comme un instrument technique et contrôlons les résultats obtenus par son emploi. Prenons-la, tout d'abord, dans sa systématisation complète, pour voir toute l'étendue que cette construction prétend expliquer afin de servir le droit ; de son fonctionnement résultera sa critique. Peut-être, en montrant les faits qui sont gênés dans sa systématisation, nous pourrions trouver le tournant où elle a exagéré son domaine, dépassant son but, et assujettissant des faits qui, ne pouvant être régis par elle, ont entravé son élaboration définitive en système achevé.

Rappeler encore une fois la définition de l'indivision, c'est apercevoir comme en un monogramme logique l'étendue virtuelle du domaine régi par le concept. La notion d'un corps juridique, comme on n'a pas manqué de le remarquer (1), contient l'es-

1. Ihering. *Esp. du dr. R.* T. III, p. 55.

sence logique de ce corps ; elle est la concentration des résultats obtenus dans son élaboration, et il ne devrait être possible de la préciser qu'après un examen complet. Nous allons, néanmoins, intervertir cet ordre de la pensée et partir de la définition, afin d'apercevoir d'un seul coup d'œil son champ d'application et nous rendre compte ensuite si notre concept présente partout la même valeur scientifique.

L'indivision est l'état du droit de propriété « compétent à plusieurs personnes sur une seule et même chose qui n'appartient ainsi à chacune d'elles que pour une quote-part idéale ou abstraite » (1).

C'est le droit de propriété qui se trouve ainsi partagé entre ses sujets, la chose ne l'est pas, elle est *indivise*.

Le caractère qui permet de saisir cette construction juridique dans ce qu'elle est, c'est selon la définition adoptée : « *la quote-part idéale ou abstraite* » ; c'est aussi celui qui permet de la classer parmi les autres constructions relatives à l'appropriation en général, et, en même temps, celui qui aide à obtenir l'ordre systématique dans le fonctionnement de la construction.

1. — Cette quote-part figure dans le patrimoine de chaque propriétaire, tant pour lui que pour ses

1. Aubry et Rau. T. II, § 221 (nos renvois sont faits à la 4^e édit.).

créanciers, pouvant faire l'objet d'une saisie ou d'actes juridiques compatibles avec sa nature.

Autour de ce caractère rayonnent les autres qui fixent la physionomie du concept.

2. — Cette même fraction sert de critérium dans la jouissance commune de la chose et pour le partage des fruits.

3. — Chaque copropriétaire peut demander, en tout temps, le partage de la chose commune, afin de réaliser intégralement sa part idéale et donner à son droit de propriété toute sa plénitude.

Or, la technique juridique nous apparaît comme une théorie des moyens que le droit tient en réserve pour les buts de la vie ; il arrive alors souvent que l'adaptation d'un concept à des situations différentes a pour résultat, dans son champ d'application, autant de variantes du même concept qu'il y a de buts à atteindre. Tant il est vrai, selon la profonde remarque de Ihering, que les principes ne sont établis de telle ou de telle façon « que parce que cette forme seule satisfait aux besoins de la vie (1) ».

Cette observation s'est trouvée vraie pour le patrimoine appliqué comme instrument technique dans la théorie de la personnalité fictive ; nous trouverons

1. Voir pour l'épreuve d'un concept, Ihering. *Espr. du Dr. Rom.*, t. III, p. 66. — Geny. *Méthode*, nos 60-82 et p. 473 et suiv.

une nouvelle occasion de nous convaincre de son exactitude à propos de l'indivision.

§ 2. — *Les catégories juridiques du même concept.*

La doctrine distingue trois catégories d'indivision dont une seule présentera le type achevé du concept.

I. — C'est la copropriété ordinaire où le concept fonctionne dans sa plénitude.

II. — C'est la copropriété avec indivision forcée, portant sur des objets affectés à l'exploitation de fonds différents qui ne sauraient être partagés sans provoquer une diminution de la valeur de ces objets. Dans ces cas, la quote-part de chaque copropriétaire ne saurait être aliénée dans les mêmes conditions que dans le cas de la copropriété ordinaire.

III. — C'est la copropriété des époux sous le régime de la communauté sur les biens en faisant partie, et celle des associés sur les biens de la société civile.

Des travaux récents et un changement de jurisprudence que nous approuvons entièrement ayant soustrait ces cas à l'application du concept de l'indivision, voyant dans la société civile une personne morale et dans la communauté une propriété en main commune, nous nous dispenserons d'en parler ici, considérant ces cas comme déjà sortis du cadre de notre matière (1).

1. Voir la loi 1^{er} août 1893 sur les sociétés civiles à forme

Chacune des deux premières catégories forme l'objet d'une section. Nous insisterons plus spécialement dans la troisième et dernière section sur la justification théorique et pratique de l'adoption du concept de propriété collective pour la systématisation technique de la matière régie jusqu'à présent en doctrine par le système de l'indivision forcée (1).

SECTION II

De la copropriété ordinaire

§ 1. — *De la copropriété avec indivision en général.*

Le Code civil ne s'est nulle part occupé de la propriété des choses considérées individuellement, et toute la théorie que nous allons développer est de création doctrinale.

Les matériaux, mis en œuvre dans cette construction juridique, sont fournis à la fois par les principes généraux de la propriété, des successions et du con-

commerciale et D. 91. I. 337, note 1, comp. note de M. Meynial. S. 92. I. 73. — Geny. *Méthode*, n° 70. — Planiol. *Traité*, t. II, nos 1942 et 1956 et suiv. de la 3^e édit.

Pour la communauté voir Massé. *Le caractère juridique de la communauté entre époux dans ses précédents historiques* (Paris, 1902) et l'art. de M. Meynial dans la *Rev. Trimestr.*, année 1903, p. 811.

1. Il serait-peut être utile à insister aussi sur l'avantage qui résulterait, par répercussion, pour le concept d'indivision de cette limitation de son champ d'application permettant l'élaboration d'une théorie synthétique des sources d'indivision qu'on n'a pas encore tentée. Comme cette question exigerait des recherches historiques spéciales nous en ajournons l'étude.

trat de société ; de sorte que, dans l'ensemble, il y a à la fois contribution et limitation réciproque des influences intervenues.

L'aspect général de la copropriété portant sur une chose individuellement déterminée est celui de la copropriété des héritiers sur les biens d'une succession avant le partage ; la seule différence, avec la copropriété qui nous occupe, est que l'objet, au lieu d'un corps certain, est une universalité juridique.

A ce point de vue, la copropriété ordinaire d'un seul objet n'est que la forme du droit des héritiers sur une chose de la succession, une partie identique au tout. Aussi, excepté les dispositions de l'article 2103 du Code civil (1), spécialement édictées pour une universalité, et celles de l'article 841 (2), inspirées par des raisons propres à la matière des successions, les autres principes concernant l'indivision d'une hérédité se rencontrent dans l'indivision portant sur un corps certain, et on peut les préciser en n'étudiant que cette dernière hypothèse.

L'indivision, comme nous l'avons dit, ne comporte, en tant que forme d'appropriation pour chacun de ses sujets, qu'une quote-part idéale du droit portant sur la chose indivise.

Or, le droit de propriété n'étant « que le droit en

1. Comp. Aubry et Rau, t. II, p. 405, n. 3.

2. Comp. Aubry et Rau, *loc. cit.*, n. 4.

vertu duquel une personne peut, *en principe*, tirer d'une chose tous ses services » (1), nous remarquons, d'une part, que les *services* que comporte la chose seront réduits aux limites compatibles avec la nature purement intellectuelle de la fraction du droit de chaque propriétaire, et, d'autre part, que la tendance vers l'absolu, inhérente au droit de propriété, nous présentera le principe de l'article 815 du Code civil comme le triomphe du côté utilitaire de tout droit et comme la limite caractéristique du concept de la copropriété indivise.

Enfin, comme on se représente le droit, fractionné entre les copropriétaires, couvrant l'objet dans son ensemble et jusque dans chaque molécule, où le droit de chacun rencontre le droit de ses consorts, les rapports personnels entre les copropriétaires apparaissent comme présentant une analogie frappante avec ceux qu'engendre une association volontaire ; aussi les règles relatives au contrat de société seront applicables, à l'exception de celles qui seront la résultante du consentement réciproque, *affectu societatis*, des associés (2).

1. Nous adoptons, pour ce qui est du droit de propriété, en général, la définition à laquelle arrive M. de Vareilles-Sommières dans sa pénétrante étude sur *La définition et la notion juridique de la propriété*. *Revue trimestrielle de dr. civ.*, année 1905, p. 443 et 455.

2. Cette analogie avec le contrat de société a influencé

Les Romains, en analystes impeccables, distinguaient *cum societate*, *an sine societate res communis sit* (1). A leur suite, après avoir indiqué l'apparition de notre construction juridique dans les différentes matières, propriété, successions et contrats, comme nous l'avons fait, nous présenterons ici la situation de plusieurs copropriétaires en face du même objet, d'un droit qui se fractionne entre eux, indépendamment de tout élément contractuel. L'indivision apparaîtra alors comme une situation plutôt subie que voulue.

Observation sur l'apparition de la construction de l'indivision dans les différentes branches du droit civil. — En évoquant, comme nous l'avons fait, les trois branches du droit, où la trame de notre construction juridique se laisse apercevoir, et se trouve en même temps nuancée par les influences propres à chacune de ces branches, l'impression que nous voudrions dégager de là, sans aucune préoccupation de déduction logique, c'est que notre concept, loin d'être la résultante et le produit secondaire des trois matières mises à contribution par la doctrine (2) pour sa construction, est par rapport à ces matières plutôt un premier thème dont elles ne présentent

beaucoup l'esprit des juristes pour les rapports personnels entre les copropriétaires.

1. Gaius. L. 2 pr. *D. comm. divid.*, 10, 3.

2. V. P. Aubry et Rau, t. II, 221.

que des variantes. A notre avis, l'indivision est une construction indépendante, immanente au transfert d'un droit, portant sur une chose ou une universalité, d'un sujet unique à plusieurs ayants cause. Les rapports entre ces derniers, qui se rencontrent dans notre concept, tiennent uniquement à la solidarité inhérente à la situation sociale qui les contient, cette solidarité se trouve ou bien nuancée selon la circonstance qui provoque l'indivision (succession, achat d'une chose en commun), ou fortifiée par des liens obligatoires, non plus seulement subis comme inhérents à la situation, mais voulus, consentis, devenus contractuels : par exemple dans une convention établissant une indivision.

C'est en ce sens que la société nous semble une construction juridique supérieure à l'indivision surgissant peut-être d'elle, mais s'élevant au-dessus d'elle en la modifiant par la volonté éclairée des ayants droit, s'imposant à la situation au lieu de la subir. Ceci dit, nous allons décrire la situation des copropriétaires, par rapport à la chose commune, en groupant les caractères qu'elle présente autour de l'idée annoncée comme essentielle, que le droit de chaque sujet est une fraction du droit entier qui porte sur la chose.

§ 2. — *Situation des copropriétaires entre eux et par rapport à la chose commune.*

Le droit de chaque copropriétaire est une fraction idéale du droit entier qui porte sur la chose ; celle-ci reste indivise, il n'y a que le droit qui est divisé (1). Il en résultera que le droit de propriété, qui d'habitude s'incorpore à son objet au point de se matérialiser (2), devient, dans les limites de la fraction de chacun, une chose purement intellectuelle, distincte des autres fractions, mais ne pouvant se matérialiser et faire qu'un avec l'objet, qu'après s'être intégré les autres fractions, ou s'être localisé elle-même sur une partie de la chose, par le partage.

Aussi, pour les actes compatibles avec la nature intellectuelle du droit, chaque copropriétaire peut agir sans le concours des autres, tandis que pour les actes relevant du même droit et qui touchent matériellement la chose (administration, jouissance, etc.), ce concours est nécessaire ; pour s'en affranchir, il faudrait partager la chose pour individualiser les parts matérielles qui font l'objet de cha-

1. V. Planiol. *Traité*, t. I, n° 2497.

2. *L'Essai sur la propriété collective* de M. Josserand (*Liv. du Centenaire*, t. I, p. 357-379) p. 373.

que fraction de droit et ériger celle-ci en droit indépendant et complet (1).

I. — Ainsi, cette quote-part figure dans le patrimoine de chaque copropriétaire, tant pour ses créanciers par qui elle peut être saisie, que pour lui-même, pouvant faire l'objet d'actes juridiques compatibles avec sa nature intellectuelle (2). Il peut notam-

1. Il n'y a, à notre avis, qu'en présentant les choses de cette manière qu'on peut éviter une contradiction qui n'est qu'apparente chez MM. Aubry et Rau, car ils disent à la page 405 du t. II, 4^e édition que la quote-part de chaque copropriétaire peut faire l'objet d'actes juridiques et quand ces actes portent sur l'administration de la chose, les mêmes auteurs se voient obligés de reconnaître que ces parts idéales ne constituent pas des corps certains. C'est encore l'obstination de se placer à un seul point de vue pour avoir deux aspects de la même chose. En tant qu'entité intellectuelle, cette fraction du droit de propriété est fort bien un corps certain ; en tant que situation juridique conféré par le droit, impliquant la virtualité d'actes matériels sur la chose, son titulaire vient forcément aux prises avec ses consorts, puisque la chose est indivise. C'est pour ne pas vouloir faire cette distinction que M. Josserand (*loc. cit.*, p. 373) s'étonne que « l'indivisaire ne peut, de l'avis de tous, accomplir relativement à la chose le moindre acte d'administration, et il va pouvoir, dans la limite de sa quote-part, consentir des actes très graves, des actes d'aliénation immobilière et des constitutions d'hypothèques ! » D'ailleurs, la critique de M. Josserand contre l'indivision, comme nous espérons le montrer plus loin est aussi exagérée que son enthousiasme pour la propriété collective.

2. Aubry et Rau. t. II, § 221. — Baudry-Lacant. et Chauveau, n° 268.

ment, aliéner sa quote-part ou constituer sur elle des hypothèques conventionnelles ; les hypothèques judiciaires et légales dont ses biens se trouvent frappés grèvent également cette quote-part (1). Il peut même constituer des servitudes dont l'exercice, aussi bien que le *jus distrahendi* des hypothèques, n'aura lieu qu'après le partage et sera subordonné à l'effet déclaratif de celui-ci : par exemple, si l'immeuble est adjugé à un autre communiste, ces droits tomberont. La revendication d'une quote-part est également concevable, sinon pour le délaissement, possible seulement pour une chose corporelle, du moins pour l'affirmation du droit de copropriété.

Pour ce qui est des actes matériels, le principe précédemment établi de la nécessité du concours de tous les copropriétaires fonctionne en laissant à chaque communiste l'usage libre de la chose, sous la sanction du *veto* des autres communistes ou de l'un d'entre eux, dans le cas où cet usage change la destination de la chose et met par là obstacle aux droits égaux des autres (2). Mais pour les actes d'administration, par exemple un bail, le principe

1. Comp. Aubry et Rau, *loc. cit.* — Demante, t. II, n° 541 bis. — Demolombe, t. XII, n° 743.

2. Cassat., 31 mars 1851. D. 51 1. 256. — 7 août 1875. D. 75. 1. 381. — 17 mai 1887. D. 80 160. — Bordeaux, 17 juillet 1889. D. 90. 2 142. — Cassat., 14 juin 1895. D. 95. 1. 508. — Ajoutez spécialement pour un changement de destination, Cassat., 28 février 1894. D. 94 1. 235.

du concours de tous les copropriétaires fonctionne dans sa plénitude (1).

II. — La quote-part de chaque communauté sert, à la fois de critérium dans le partage des fruits et de proportion dans la contribution aux frais d'entretien et charges de la chose commune (2). Mais cette situation ne convient pas toujours aux parties, et des conventions peuvent intervenir entre elles, modifiant la répartition des charges au prorata de leurs quotes-parts, dans le sens d'une contribution proportionnelle à l'intérêt de chacun, et remplaçant la jouissance simultanée de la chose commune, soit par des périodes de jouissance exclusive pour chaque copropriétaire, soit par l'attribution à chacun d'eux d'une catégorie déterminée de produits de la chose (3).

Ces conventions peuvent recevoir différentes interprétations, étant considérées, selon l'intention des parties, comme des partages de jouissance ou comme des règlements de jouissance sous forme de bail (4); dans ce cas nous sortons du domaine de l'indivi-

1. Cassat., 23 novembre 1852. S. 53. 1.73.

2. Aubry et Rau ; 218 *bis*. Baudry-Lacant. et Chauveau, n° 271, comp. Nancy, 20 fév. 1826. D. 26. II, 123.

3. V. Baudry-Lacant. et Chauveau, *loc. cit.*, et comp. pour la jouissance. Cassat., 30 mai 1843, S. 43. I, 473. Paris, 5 janvier 1831, S. 31, II, 281; pour la contribution aux charges v. mêmes auteurs *eodem loco*; *adde* Demolombe, t. II. n° 448, Pothier, *Société*, n° 227, et comp. Cassat., 2 fév.

4. V. Trib. Pontarlier, 28 janv. 1896. *Gaz. du Palais*, 96. I. 706.

sion proprement dite, excepté en ce qui concerne le fonds même du droit de propriété.

Pour nous tenir à la copropriété ordinaire, remarquons que l'obligation de contribution aux charges étant *propter rem*, on peut s'en affranchir en abandonnant son droit de propriété.

III. — Chaque communiste a la faculté de provoquer la fin de l'état d'indivision, qui s'obtiendra par la réintégration des fractions de droit revenant toutes à un seul sujet, un des communistes ou un tiers, soit par la localisation, moyennant partage, de chaque fraction de droit sur une portion de l'objet dorénavant considérée comme ayant appartenu, dès l'origine de l'indivision exclusivement à son titulaire, de même que celui-ci est considéré comme n'ayant jamais eu le droit de propriété sur ce qui est échu à ses consorts (1).

Dans l'un et l'autre cas, l'indivision prend fin, sans que les actes intervenus pendant sa durée soient opposables à l'acquéreur unique, sur toute la chose ou aux copartageants, sur leurs lots à chacun, à moins que celui-là ou ceux-ci ne soient tenus comme ayant consenti aux actes en question.

En deux mots, pour résumer ce que nous venons de dire et le compléter, les règles de fonds et de

1. Voir pour les détails Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 408-411, Planiol, t. I, n° 2498. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 270.

forme concernant le partage des successions sont applicables à notre matière.

Par la faculté de mettre fin à l'indivision qui appartient à chaque copropriétaire, la construction juridique de la copropriété indivise tranche sur celle de la propriété collective, comme une conception nettement individualiste, tandis que la propriété collective est plus absorbante des individualités, paralysant par son caractère social leurs tendances divergentes et s'opposant au partage. Tant qu'elle a sa raison d'être, la copropriété avec indivision n'est qu'une phase de transition, une *crise* d'un droit individuel, dont le but normal est de devenir, par le partage, exclusif, et dégagé d'une solidarité gênante.

Le partage de la chose nous apparaît ainsi, dans un parallèle avec la propriété collective, comme un caractère essentiel et la fin de l'indivision. Loin de voir dans la structure de l'indivision les parts des différents communistes s'agglomérer, comme dans la propriété collective, et former un tout obéissant à l'impulsion commune soucieuse des utilités individuelles, nous n'y voyons que des fractions de droit attachées à des patrimoines différents et suivant leur impulsion particulariste ; chacun y assure le respect de son droit par des négations opposées à l'extension exorbitante du droit de son consort et non par une entente solidaire aboutissant à une administration en main commune.

L'autonomie individualiste des fractions de droit commence à s'affirmer par la possibilité accordée à leur titulaire de faire d'elles l'objet des actes juridiques compatibles avec leur nature intellectuelle, de les aliéner, en général. Mais si disposer d'un droit est une manière d'en jouir, il y a des manières d'en jouir sans en disposer : ce sont celles qui consistent dans l'utilisation économique de la chose.

Or, au sujet des actes matériels à accomplir sur la chose, nous avons vu que les copropriétaires doivent, ou s'entendre, ou provoquer le partage et, qu'à ce point de vue, l'indivision nous apparaît comme une situation passagère, provisoire, devant aboutir ou à une situation sociale obtenue par une convention, ou à la propriété individuelle indépendante réalisée par le partage.

§ 3. — *Indivision et propriété collective.*

Il est certain que si l'on reste dans l'indivision telle qu'elle est, sans la perfectionner en société, ou la supprimer par le partage, un système de coexistence de droits individuels, s'affirmant par des négations réciproques, ne peut constituer au point de vue économique, qu'un état de « torpeur forcée », selon l'ingénieuse expression de M. Planiol (1).

1. Nous citerons comme particulièrement symptomatique de cette impuissance de l'indivision à régir et à satisfaire

Partant de cette observation, des plus justes en soi, M. Josserand, dans son bel article sur la propriété collective, dont nous avons déjà parlé, a lancé contre l'indivision une critique un peu excessive, dont la contre-partie est l'enthousiasme sans bornes du même auteur pour la propriété collective. « Il est en effet certain, dit M. Josserand (1), que la propriété collective ne saurait réaliser aucun progrès qui ne soit nécessairement une défaite ou un recul pour la personnalité morale ou pour l'indivision ; nouvelle venue, elle en est réduite à déborder sur l'un ou l'autre des domaines jadis réservés à ces deux formes de la propriété collective ».

Jusqu'ici, nous sommes du même avis que M. Josserand, et nous estimons, toujours avec lui, que c'est dans la direction de l'indivision que la place à accorder à la *Gesammte-Hand* doit être recherchée ; mais quand il s'agit de savoir dans quelles limites

une situation sociale, où les individualités doivent résoudre les questions posées par leurs intérêts, par l'harmonie, un arrêt de la Cour de cassation du 28 février 1894 (D. 94. I. 235) qui décide qu'un communiste, qui a indivisément de nombreuses parts dans l'immeuble commun et qui a établi un chemin de fer sur le fonds, peut être contraint de détruire ses travaux par d'autres copropriétaires dudit fonds dont les intérêts ne sont que modiques, et les tribunaux ne sauraient déclarer l'action de ces derniers non recevable, jusqu'après le résultat du partage des communautés et successions dont l'immeuble indivis dépend.

1. *Loc. cit.*, p. 359.

l'indivision doit céder la place à la propriété collective M. Josserand souhaite qu'on entame l'indivision jusqu'à ce qu'on réalise « sa déroute complète et définitive (1). Nous n'estimons pas devoir aller aussi loin. M. Josserand veut que la propriété remplace entièrement l'indivision dans son domaine ; nous voulons qu'il y ait des limites et nous essaierons de les préciser.

Lorsque M. Josserand dit que (2) « dans tout l'arsenal de nos législations modernes, il n'est peut-être pas une institution qui soit aussi équivoque et déconcertante que la copropriété avec indivision », il la voit à travers son admiration pour la propriété collective, institution « aussi simple, aussi franche que l'indivision romaine est complexe et confuse ». Ceci est bien plus visible encore quand il accentue et précise sa critique, en reprochant aux quotes-parts de chaque copropriétaire de vivre d'une vie propre, de se mouvoir dans le patrimoine de son titulaire, de pouvoir faire l'objet d'une aliénation, voire même—et c'est « la conséquence la plus grave » — de pouvoir être saisie par les créanciers personnels de chaque indivisaire. « Cette dernière solution achève de caractériser le système : l'indivision romaine rend les biens inaptes à toute exploitation commune ;

1. *Loc. cit.*, p. 370.

2. *Eodem.*

cette prétendue propriété collective répugne à toute utilisation collective ; elle laisse les richesses sous la maîtrise des individualités physiques et dans le gage de leurs créanciers personnels : *en réalité, elle constitue une organisation essentiellement individualiste ; elle n'a rien de social* ». Voici qui est manifeste : la propriété collective est une construction juridique supérieure parce qu'elle contient une organisation sociale, tandis que l'indivision est une construction juridique inférieure, précisément parce qu'elle est individualiste. C'est un fait caractéristique de notre époque que d'accepter, presque comme un dogme, la supériorité des concepts d'allure tant soit peu sociale. Nous sommes loin de partager le même enthousiasme et nous estimons, au contraire, que par elles-mêmes et pour leur conformité aux idées courantes, l'indivision aussi bien que la propriété collective ne contiennent rien qui doive décider notre préférence.

Comme constructions juridiques, ce ne sont que des faits qui n'ont d'autre vertu que de s'imposer à notre attention, leur appréciation ne pouvant être faite que par leur mise en rapport avec une valeur supérieure qui serve de critérium. Par rapport aux constructions juridiques, cette valeur n'est que *le but* auquel elles servent de moyens de réalisation et notre préférence doit se prononcer en raison de l'ap-

titude de telle ou telle construction à faciliter cette réalisation.

A ce point de vue, et pour rester fidèle à notre méthode, il nous semble que l'indivision et la propriété collective sont des formes d'appropriation exprimant la situation faite à l'individu comme facteur réel de celle-ci : l'indivision lui octroie la faculté de s'affirmer comme sujet de droit et de se dégager d'elle-même, la propriété collective l'absorbe et le fait attendre de l'effort commun l'utilité de l'appropriation.

Les besoins de la vie et la diversité des circonstances où ils doivent recevoir satisfaction devraient, à notre avis, nous conseiller l'une et l'autre de ces deux formes d'appropriation. Un objet, dont l'utilité s'accommode bien plus de la propriété individuelle, traverse l'indivision pour persister dans cette forme ; un autre dont l'appropriation utile ne saurait être que collective restera soumis à cette forme d'appropriation. Dégager, dans chacune de ces phases, les rapports de droit et trouver les moyens de réaliser les changements nécessaires, c'est là le rôle de la technique juridique.

A ce point de vue de notre analyse, l'indivision et la propriété collective sont bien plus des *concepts statiques*, explicatifs de la situation, que des *concepts dynamiques* pouvant être utilisés pour atteindre les fins de la volonté. Leur intervention doit se

borner à révéler la situation des rapports de droit décelée par la nature des choses, afin que la volonté en prenne connaissance et puisse opter, d'une façon éclairée, pour la situation qui convient à ses fins. En présentant les choses de cette manière la véritable antithèse n'est point entre l'indivision et la propriété collective, *mais entre celle-ci et la propriété individuelle.*

I. — De la sorte, l'indivision s'éclaire d'une lumière nouvelle ; à sa clarté apparaissent les limites de son domaine, au delà desquelles il y a place pour la propriété collective et la personne morale, elle reste ce qu'elle doit être : *un état transitoire de la propriété individuelle*, nous pourrions même dire une *crise* que la propriété individuelle traverse dans son passage d'un seul auteur à plusieurs ayants cause. Si la propriété est *un droit général aux services d'une chose* (1), les aliénations autant que les saisies de la quote-part d'un copropriétaire s'expliquent fort bien comme une transmission de la position qu'avait l'aliénateur vis-à-vis de la chose, dans la mesure où il l'avait. En usant de la sorte de la fraction de son droit, il *épuit* son droit, en transmettant à un autre la position qu'il occupait

1. Comp. de Vareilles-Sommières : *Définition de la propriété. Rev. trimest.*, 1905, p. 485. Nous adoptons aussi sa manière de voir sur la transmission du droit. *v.* p. 490.

vis-à-vis de la chose, *sa puissance sur la chose* (1) : c'est tout ce qu'il peut faire sans le concours des autres communistes (2).

Si le copropriétaire ou celui qui le remplace désire affirmer *sa puissance* sur la chose pour en tirer des services matériels, d'une façon indépendante, sans le concours des autres, à la manière de la propriété individuelle, il n'a qu'à localiser son droit sur une partie qui deviendra exclusivement sienne par le partage. Ainsi et pour conclure, l'indivision n'étant qu'une manière d'être, *passagère*, de la propriété individuelle, elle ne peut avoir d'autre raison d'être que de fixer les rapports de droit jusqu'au partage, ni d'autre fin que le partage, car elle n'est qu'un moment de *crise*, dans la continuité de la propriété individuelle.

En dehors d'une quote-part idéale représentant un droit effectif aux services de la chose et aboutissant au partage de la chose, il ne devrait pas y avoir de régime d'indivision.

II. — En dehors du cas précédent, qui est celui présenté par la doctrine courante sous le nom de copropriété ordinaire, et pour les cas dits d'indivision forcée, où il n'y a ni aliénation possible de la quote-part de chaque copropriétaire, ni partage de

1. Nous empruntons l'expression à M. de Vareilles-Sommères, *loc. cit.*

2. Pour la manière dont nous expliquons la possibilité de l'aliénation, nous nous renvoyons ci-dessus.

la chose, nous pourrions fort bien dire, comme M. Josserand, « qu'il est à peine besoin de réfléchir pour comprendre qu'une propriété à plusieurs titulaires ne doit pas être individuelle, mais bien collective ; elle doit être soumise à l'action commune des intéressés dont la pluralité ne saurait entraîner la fragmentation des droits ; elle doit être sociale » (1). Nous verrons, dans la section suivante du présent chapitre, que pour vouloir imposer à la matière qui en fait l'objet un système qui n'est pas le sien, les solutions, incessamment inspirées par l'équité et orientées vers l'utilité sociale qui y fait loi, aboutissent à la fois à la contradiction du système qu'on leur impose et à la révélation d'un autre système. Ces mêmes solutions forment les parties solidaires d'où ce dernier se dégage peu à peu et monte à la lumière, laissant reconnaître en lui la propriété collective comme le vrai principe qui doit régir la matière. Rappelons, un instant, la célèbre loi 1^{re} au D. 50. 17, où Paul nous dit comment le droit doit être dégagé des faits *ut non ex regula jus sumatur sed, ex jure quod est regula fiat* et abordons sous son égide l'étude théorique de ces cas *d'indivision*

1. *Loc. cit.*, p. 375. M. Josserand ne fait aucune allusion à la copropriété avec indivision forcée ; si sa critique nous a semblé exagérée en ce qui concerne la copropriété ordinaire, nous l'adopterions presque entièrement en ce qui concerne l'indivision forcée.

forcée qu'on néglige d'habitude comme ne présentant « qu'un intérêt doctrinal très faible » et « ne faisant naître que d'innombrables procès » (1).

Observation sur la nature des deux concepts. — Sans vouloir préjuger des résultats auxquels nous arriverons dans l'examen approfondi de l'indivision forcée, nous pouvons, néanmoins, attirer l'attention sur ce que la propriété collective y apparaîtra comme un concept *purement statique* qui s'accommode très bien avec les situations où une pluralité d'intéressés trouvent leur avantage à présenter extérieurement un aspect unitaire *sans autre but que celui* de profi-

1. C'est une manière de comprendre le rôle de la théorie à laquelle nous ne pouvons pas nous rallier. Le rôle social du droit n'est pas seulement de résoudre les questions posées par les intérêts en conflit, mais de prévenir ces conflits même. Les procès ne naissent-ils pas, à cause de la croyance qu'à une des parties au bien fondé de sa demande ? L'absence de règle certaine est, en pareil cas, la source intarissable d'impressionismes subjectifs où souvent la passion fait croire à la légitimité de ce qu'on prend pour son intérêt et qui n'est souvent que de la mauvaise volonté. (V. par exemple, l'arrêt de la Cour de cassation du 28 février 1894 précédemment cité, et dans le *Droit* du 7 mars 1890 le jugement du Tribunal de la Seine, 13 décembre 1899, où les propriétaires d'une maison divisée par étages s'opposent à un exhaussement du toit qui avantagerait le propriétaire du dernier étage). Loin de fuir les matières hérissées de procès, la doctrine doit les solliciter, afin d'en dégager la règle de droit qui doit les régir. C'est justement à cause de ce dédain de la doctrine de s'en occuper, qu'abandonnée à un concept d'un individualisme fâcheux cette matière de l'indivision forcée se trouve encombrer les recueils d'une foule d'arrêts inutiles.

ter en commun, de l'utilité que confère l'appropriation d'une chose unique ou celle d'une universalité. Car si leur volonté cherche non plus cette utilité pour elle-même, mais comme instrument pour atteindre un autre but, ils devront choisir un *concept dynamique*, comme le patrimoine, qui élève au-dessus de la propriété collective la *personnalité juridique*, comme les Romains ont élevé au-dessus de l'*indivision* la « *societas* ».

SECTION III

De la copropriété avec indivision forcée

Pratiquement les cas où il y a, d'après la doctrine courante, copropriété avec indivision forcée, sont fort nombreux, mais on peut les grouper en trois catégories dont nous ferons l'objet des trois paragraphes qui suivent (1) :

§ 1. — *Les puits, ruelles, passages, allées et cours communes ;*

§ 2. — *Les clôtures mitoyennes.*

§ 3. — *Le sol et certaines parties de maisons divisées entre plusieurs personnes ;*

Avant la loi du 20 août 1881, les chemins et sentiers d'exploitation entre des fonds riverains étaient

1. Comp. Planiol. *Traité*, t. I, n° 2501.

considérés comme étant, sur toute leur longueur, dans l'indivision. L'article 33 de la loi sus-indiquée dispose que toutes les fois que la condition du chemin ne résulte pas d'un titre, les divers ayants droit sont propriétaires de ce chemin, « chacun en droit soi », l'usage seul étant en indivision.

§ 1. — *Puits, passages, allées et cours, communs, etc.*

A. — *Situation des objets communs.* — Il s'agit, comme nous l'avons déjà fait remarquer, de ces petites portions de terrain que l'on trouve affectées à l'usage commun de deux ou plusieurs fonds appartenant à des propriétaires différents.

On pourrait concevoir qu'elles soient la propriété exclusive de l'un des voisins et que les autres n'en profitent que par un simple droit de servitude (1) ; mais, le plus souvent ces ouvrages ou bandes de terre sont la copropriété de ceux à qui appartiennent les immeubles au service desquels ils sont destinés (2).

L'intérêt à distinguer entre les deux situations se présente à plusieurs points de vue :

1. V. Aubry et Rau, t. II, § 221 *ter*, p. 414. — Laurent, t. VII, n° 480. — Laurent, *loc. cit.*

2. Comp. Aubry et Rau, *loc. cit.* — Demolombe, t. II, n° 444. — Laurent, *loc. cit.* — Huc, *loc. cit.* — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 273 et s.

a) Le droit de propriété s'acquiert par la prescription et ne s'éteint point par le non usage (1) pendant trente ans.

b) De même les articles 702 et 701 du Code civil qui disposent, le premier, que le propriétaire du fonds dominant ne peut faire des changements aggravant la charge de la servitude (2), le second, que le propriétaire du fonds servant est admis à demander le changement de la servitude (3), seront étrangers à une situation régie par la copropriété. Comment savoir alors si le droit est exercé à titre de copropriété ou à titre de servitude ? La jurisprudence, approuvée par la doctrine, décide que les titres invoqués par les parties doivent être interrogés, s'ils existent (4) ; mais à leur défaut, ce qui n'est pas rare à raison de l'ancienneté de la situation, après avoir préconisé, sous l'inspiration de la doctrine, l'emploi du régime ordinaire de preuve du droit de propriété, en imposant la charge au demandeur (5), la jurisprudence incline vers un nouveau

1. V. outre les arrêts cités par Aubry et Rau, t. III, § 221 *ter*, p. 414. *Journal jud. Lyon*, 14 déc. 1885. — Trib. Lyon, 27 oct. 1885. *Journal arr. Grenoble*, p. 139.

2. V. Cass., 10 nov. 1845. D. 46. I. 139 et 31 mars 1851. D. 51. I. 256.

3. V. Cas., 15 fév. 1858. S. 58. I. 347. Comp. Lyon, 5 janv. 1849. S. 50. 2. 166.

4. Cf. Laurent et Huc, *loc. cit.*

5. Cf. Laurent, t. VII, n° 481 et Huc, t. IV, n° 353 et comp. Cass., 10 janv. 1842. D. 42. I. 99.

système. La destination commune de ces bandes de terre a fait décider dans plusieurs arrêts qu'il y a lieu de présumer la copropriété (1), à moins que le contraire ne soit prouvé.

Si, dans un arrêt récent (2) la jurisprudence demande à l'un des communistes, avant de s'opposer à l'emploi qu'un autre fait du lieu prétendu commun, d'apporter la preuve qu'il fait partie des biens communs, c'est plutôt, à notre avis, parce que la prescription se trouve écartée par le fait d'une possession décennale, avec juste titre, désignant le terrain litigieux comme propriété exclusive de l'usager.

Observation. — Incompatibilité de l'indivision avec la situation. — Si la copropriété indivise n'est autre que la propriété individuelle passagèrement soumise à un régime d'indivision, pourquoi les principes qui régissent la preuve de la propriété en général sont-ils écartés pour une raison spéciale à ces espèces d'expropriation, la destination de la chose, alors qu'en général l'utilité que la propriété d'une chose confère à son titulaire ne rentre pas en ligne de compte pour la preuve du droit lui-même ? Pourquoi cette préférence pour l'utilité sociale d'une

1. V. Cass., 20 fév. 1866. D. 66. 1. 383 et surtout Pau, 29 mars QIYU. D. 672. 44 ; arrêt cité dans la note ci-après.

2. V. Bordeaux, 17 juillet 1889. D. 90. 2. 142.

chose, à moins qu'on ait prouvé une propriété exclusive ?

Nous nous bornons à poser la question sauf à l'utiliser, le moment venu, pour l'appréciation du concept employé dans ces cas d'appropriation. La remarque précédemment faite, ajoutée à d'autres, nous amènera à constater que la construction employée gêne plutôt qu'elle n'explique les solutions et que celles-ci surgissent de la nature des choses à son encontre et comme des exceptions au système plutôt que comme une conséquence qu'on peut déduire logiquement du concept employé.

B. — *Situation des copropriétaires dans la jouissance de leur droit sur la chose.* — Si le régime juridique applicable aux bandes de terrain, choses ou ouvrages, servant à l'usage commun de plusieurs fonds, est celui de la copropriété indivise, la situation des ayants droit devrait être celle que nous avons décrite dans la section précédente du présent chapitre. Or pour l'exercice du droit par ses titulaires, nous rencontrerons des ressemblances et des différences avec le régime de la copropriété ordinaire.

Notons d'abord les ressemblances.

Aucun communiste ne peut user de ces choses contrairement à leur *destination*, ou de manière à porter atteinte au droit égal et réciproque des autres copropriétaires.

En faisant intervenir cette idée de destination comme critérium pour l'usage de la chose, les auteurs et les arrêts ne se dissimulent pas qu'elle est d'une autre nature que la notion qui résulterait du droit égal des copropriétaires (1).

Ils la présentent comme apparentée avec la notion de servitude et en concluent que les copropriétaires ne peuvent user de la chose commune que pour les besoins des héritages dans l'intérêt desquels elle a été laissée indivise (2). Selon cette manière de voir, les droits des communistes établis pour l'utilité d'héritages certains, participent à la fois, des attributs de la propriété et des droits de servitude, ne pouvant être étendus au profit des mêmes personnes pour le service d'autres héritages leur appartenant (3).

1. Voir Aubry et Rau, t. II, § 221 *ter*, p. 414. — Laurent, t. VII, n° 485. — Demolombe, t. II, n° 445. — Comp. Cassat., 28 juin 1876. D. 78. 1. 127 et Caen, 1^{er} août 1879. S. 80. 2. 13.

2. V. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 416. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 276. — Comp. Chambéry, 1^{er} nov. 1892. D. 94. 2. 440.

3. Voir notamment Poitiers, 13 fév. 1853. D. 34. 2. 73 où cette idée se trouve développée. *Adde*, Orléans, 12 nov. 1881. S. 83. 2. 139, pour l'impossibilité d'ouvrir des portes ou des fenêtres pour un immeuble nouvellement acquis et donnant sur la cour commune. Comp. encore Toulouse, 30 nov. 1895. *Monit. jud. Lyon*, 22 mai 1896. — Nîmes, 1838. D. 39. 2. 14. — Trib. Grenoble pour un passage, 6 déc. 1886. *Journ. arr. Grenoble*, 1887, p. 138.

D'autres fois, l'aspect de droit de propriété l'emporte et des arrêts décident qu'en vertu de sa qualité de propriétaire, le communiste peut jouir de la chose même au profit d'autres héritages, mais en respectant sa destination naturelle et à la condition de ne pas nuire aux autres communistes (1).

Néanmoins, ce triomphe de la nature du droit de propriété, ramenant ces espèces au régime des vrais principes de l'indivision, n'est qu'une apparence, car si l'on se donne la peine d'analyser tous ces arrêts, on voit qu'il s'agit dans toutes ces espèces d'un droit de passer dans le lieu commun, ou de verser des eaux dans un canal commun « après avoir repris toute leur limpidité primitive » (2), ou d'une fontaine pour l'abreuvement des bestiaux, et qu'on ne pourrait savoir si on se sert de la chose commune pour l'héritage conférant ce droit, ou pour un autre ne l'ayant pas mais faisant corps avec le premier (3). Encore une fois la nature des choses reconnue aura imposé sa loi aux principes qui prétendent la plier et fait des exceptions même au principe, les principes effectifs de la matière.

1. V. Bordeaux, 31 mai 1887. S. 88. 2. 127. — Grenoble, 17 mars 1888. *Journal arr. Grenoble*, 1888, p. 139 et le Trib. de Chambéry, 14 avril 1891. *Journal arr. Grenoble*, 1892. 2. 177. Comp. Cassat., 9 juin 1868. D. 1. 195. — Caen, 20 fév. 1888. S. 92. 2. 199 ; et les arrêts cités note 3.

2. Cassat., 9 juin. D. 69. 1. 195.

3. Voir notamment l'arrêt de la Cour de cassat., 15 avril 1850. S. 50. I. 451 et comp. Cassat., 13 mars 1894. D. 94. 1. 329.

2° Une autre ressemblance que présente notre matière avec l'indivision ordinaire, c'est la répartition entre les divers intéressés des charges résultant de l'entretien de la chose commune. A défaut de convention contraire, ces charges doivent être supportées par chacun des communistes dans la proportion de son intérêt, sauf faculté par lui de s'en affranchir, en abandonnant son droit de copropriété (1).

Cette obligation constitue une charge qui grève l'immeuble, au nom duquel et pour le service duquel le propriétaire profite de la chose commune et change de débiteur avec la mutation de ce même immeuble, comme une espèce de droit réel que les arrêts comparent à celui de l'article 663 du Code civil relatif au mur mitoyen (2).

Le droit Romain avait connu dans les actions *familiæ erciscundæ et communi dividundo* des *præstationes* faisant l'objet de l'obligation de contribuer aux dépenses faites pour l'entretien de la chose commune (3) ; elles figuraient dans l'*inten-*

1. Aubry et Rau, t. II, § 221. — Demolombe, t. IX, nos 448 et 449. — Laurent, t. VII, n° 486. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 277, comp. Cass., 2 fév. 1825. S. 25. I. 363.

2. Chambéry, 1^{er} nov. 1892. D. 94. 2. 440, comp. Toulouse, 2 juin 1894 dans la *Gazette Trib. Midi* du 18 mars 1894.

3. Cfr. Girard. *Manuel*, p. 624 et pour le rétablissement des formules de ces deux actions. Lenel l'édit perpét. Trad. fr. I. p. 237 et 240.

tion de ces actions, à côté de l'obligation de procéder au partage, mais, tandis que cette dernière est plus attachée à la chose qu'à la personne, l'obligation de contribuer à l'entretien de la chose est plus attachée à la personne (1).

D'où vient cette diversité de nature ; droit personnel chez les Romains, droit réel pour la jurisprudence française actuelle ? Il faut surtout remarquer que l'individualité du communiste s'efface, au point de devenir indifférente, pour l'époque à laquelle l'exécution d'un ouvrage a eu lieu, car celui qui l'entreprend ne devrait avoir un droit de contributions qu'envers ceux-là qui sont en cours de détention à cette même époque ; ce qui serait l'essence d'une obligation personnelle *propter rem*. Bien loin de là, la jurisprudence a décidé, à propos d'un barrage commun à deux mines, que l'acquéreur de l'une est tenu de payer les réparations faites antérieurement à son acquisition ; et l'apparence de droit réel entraîne la jurisprudence à dire que l'acquéreur sera tenu, sans pouvoir arguer du défaut de transcription de ce droit réel (2). L'individualité de cha-

1. Cfr. pour tout ce qui est relatif au droit romain sur cette matière Perenice. *Zeitschrift Savigny St.* 19, 1898, pp. 171-176 et le très intéressant article de M. Audibert sur l'évolution de la formule des « *act. fam. erc. et comm. divid.* » dans les mélanges Appleton. *Annales de l'Université de Lyon*, t. II, 1903, p. 237.

2. V. Toulouse, 2 juin 1894. *Gaz. Trib. Midi* du 18 mars 1894.

que communiste et de la quote-part qui figure comme élément de son patrimoine sont tellement indifférentes pour l'exploitation commune et l'utilisation collective et s'y dissolvent à un tel point, que les rapports de droit ne s'établissent plus selon les règles de la *negotiorum gestor* qui fut le type primitif de ces rapports !

Ce qu'on appelait jusqu'à présent les ressemblances avec le régime de la copropriété ordinaire nous est apparu sous un jour plutôt différent. Passons maintenant aux différences que la doctrine est presque unanime à reconnaître comme exceptions au type de notre régime (1).

1. On serait tenté de voir là une application pure et simple des principes de l'enrichissement sans cause et une ressemblance entre notre hypothèse et celle prévue par la loi 49 *D. fam. ercisc.* 10, 2, où le jurisconsulte Ulpien parle d'un héritier institué pour partie qui avant l'acceptation de la succession et sur l'ordre du prêteur, faisant les démarches nécessaires pour l'enterrement du défunt, éprouve un dommage à la réparation duquel il voudrait faire participer, après l'acceptation, les autres héritiers. On lui accorde l'*actio famil. ercisc* comme « utile » « ne damno, moretur. Nam ut familiæ erciscundæ judicio agere quis possit, non tantum heredem esse oportet, verum ex ea causa agere vel conveniri quam gessit quodque admissit, posteaquam heres effectus sit : ceterum cessat familiæ circumdæ actio. » La raison de cette admission est plutôt, à notre avis, dans la rétroactivité de l'acceptation qui, malgré les divergences doctrinales, était acquise en principe (V. Modestin, 35, D. 45. 3 *De stp. serv.*). Comme ce résultat est approuvé en équité, on a pu considérer son admission comme une concession faite par

1^o La plus importante est qu'il n'y a pas lieu d'appliquer à notre matière la règle de l'article 815, d'après laquelle nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision, bien que les termes de cet article éminemment absolus ne laissent point soupçonner quelque dérogation à son principe. Les auteurs sont unanimes à reconnaître que la nécessité de cette forme d'appropriation, en indivision perpétuelle, fait loi contre la loi elle-même, arguant de l'atteinte portée à la destination de la chose commune pour exclure autant le partage en nature, qui réalisant la quote-part idéale de chacun lui donnerait une propriété exclusive, mais inutilisable, que le partage par licitation qui attribuant toute la chose à l'un des communistes mettrait les autres en impossibilité d'exploiter leurs héritages (1).

le prêteur aux idées de justice. (Voir en ce dernier sens Audibert, *loc. cit.*, p. 28). On voit bien que, par l'intervention de l'idée de rétroactivité, le lien de droit est formé, tant au point de vue de celui qui agit que de ceux contre qui il agit, entre les personnes qui sont en indivision au moment même où l'acte producteur d'obligation a eu lieu. On peut voir aussi par là combien la matière de la copropriété avec indivision forcée s'est éloignée du pur individualisme romain, qui est de l'essence de l'indivision et combien la remarque faite à propos de l'arrêt du Tribunal de Toulouse précédemment cité, ainsi que celles qui précèdent, dessine de plus en plus le système d'une propriété collective où les individualités sont presque indifférentes.

1. Pardessus. *Des servitudes*, t. I, n^o 190. — Duranton, t. V, n^o 149. — Toullier, t. III, 469 *bis*. — Demolombe, t. II, n^{os} 444

On ne peut assister à meilleur procès fait à la propriété individuelle pour mettre en évidence son incompatibilité avec certaines situations. Or, la copropriété avec indivision est une forme passagère de la propriété individuelle « qui ne peut avoir d'autre raison d'être ni d'autre fin que le partage » ! Voici ce que devient une construction juridique étendue par une analogie superficielle à une situation dont la nature et les besoins la contredisent et la déforment et finalement la chassent. L'utilité, principe actif du droit, et qui conseilla la propriété individuelle comme le meilleur moyen de réaliser les fins de l'appropriation dans certains cas, se rencontre ici comme partout dans le droit, assurant son triomphe en brisant le moule juridique où l'on a voulu couler la matière qui nous occupe et en la pétrissant d'elle-même en la forme qui convient.

Quelle peut être la destination d'une chose au point de vue juridique sinon son utilité économique ? Eh bien, cette destination triomphe comme une nécessité, en précisant jusqu'à la limite à partir de laquelle le régime de ces choses communes doit céder la place à la propriété individuelle. C'est ainsi, en particulier,

et 445. — Aubry et Rau, t. II, § 221 *ter*. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 273. — Planiol, t. I, n° 2502.

Compt. cass., 10 décembre 1823. S. et P. chr., 10 janvier 1842. D. 421. 1. 99. 21 octobre 1889. — D. 91. 5. 435. En ce sens contraire le jurisconsulte Laurent suivi par Huc com., t. IV, n° 354.

qu'en ce qui concerne une cour commune, la jouissance collective ne s'impose qu'autant que le partage qui en serait effectué ne laisserait pas à chacune des maisons dont elle dépend, une cour séparée suffisante pour son usage (1). La Cour de cassation reconnaît même à la nature des choses la vertu de rendre souveraine l'appréciation des juges du fait (2).

2° Une seconde différence entre la copropriété ordinaire et la copropriété portant sur des choses faisant l'accessoire commun de plusieurs immeubles est en ce qui concerne l'étendue du droit de chaque communiste. La possibilité d'un partage étant écartée, il est évident que la quote-part de chaque communiste ne peut faire l'objet d'actes juridiques, comme entité distincte de l'immeuble au service duquel la chose est nécessaire (3).

Au contraire, pour les actes matériels qui ne peuvent s'entendre, dans l'occurrence que comme usage de la chose, le droit de chaque communiste apparaît comme plus étendu qu'au cas de copropriété ordinaire. Sous la seule réserve du droit égal des autres,

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 273 comp. Aubry et Rau, t. II, § 221 *ter*. — Demolombe, t. II, n° 444. — Duranton, t. V, n° 1499. — Pardessus. *Des servitudes*, t. I, n° 191.

2. Cassation, 21 octobre 1889. D. 91.5.435. — Cfr. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 273, p. 195.

3. Comp. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 275.

chacun dans les limites de la destination de la chose peut jouir de la totalité de celle-ci et de ses diverses parties (1) ; en d'autres termes, chacun ayant tous les droits que comporte la destination de la chose, sa jouissance n'est limitée que par la présence des autres. Si les droits des communistes, étant plus restreints quant aux actes juridiques et plus étendus quant aux actes matériels, sont juste à rebours des solutions que devraient consacrer le système de l'indivision, on peut se demander à quoi il peut servir dans une matière qui est juste son contre-pied. Pourquoi ne pas l'abandonner, le remplaçant par un autre concept qui réalise un système s'harmonisant avec les solutions approuvées par la nature des choses ?

Cet autre concept est tout indiqué, c'est *la propriété en main commune* ou *la propriété collective*. Prenons, en effet, l'impression qui se dégage des solutions données par la jurisprudence sur l'étendue du droit de chaque communiste et que nous résumions en disant que chacun a tous les droits que comporte la destination de la chose, la jouissance pour l'un n'en étant limitée que par la présence des autres, et comparons-la avec les caractères de *con-*

1. Cf. Demolombe, t. II, n° 445. — Aubry et Rau, t. II, § 221 *ter*. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 275. — Laurent, t. VII, n° 483 et Lacoste, note dans S. 91. 1. 161 et comp. Caen, 24 août 1842. S. 43. 2. 783. — Cassation, 31 mars 1851. D. 51. 1. 258.

dominium plurium in solidum, ou la propriété collective telle qu'elle est décrite dans son plein épanouissement, à la fin du xviii^e siècle, et avant les essais d'adaptation à la personnalité morale, c'est-à-dire dans toute sa pureté coutumière. D'après Hofaker (1) dans cette espèce de copropriété, le droit de chacun des sujets couvrant l'objet entièrement, ne se trouve restreint dans son exercice que par le concours des droits similaires et égaux de ses consorts. Pour éviter de confondre, à cause de cette fusion des personnes, cette espèce de copropriété avec la personnalité juridique, le jurisconsulte ajoute : « *cum ad plures ut singulos domonium pro tali habendum non est quon ad unam personam misticam se universitatem qua talem pertinet.* »

C. — *L'indivision forcée n'est qu'une propriété collective.* — Nous pourrions déjà conclure à l'exclusion de notre matière du concept de l'indivision et à l'adoption de celui de la propriété collective, mais, avant de le faire, nous allons d'abord présenter, en antithèse, les conséquences essentielles du système de la copropriété indivise et les solutions qui nous paraissent acceptables ; ces dernières apparaîtront ainsi comme autant de négations de ce système et comme autant d'affirmations de la copropriété col-

1. *Principia juris civilis*, t. II, édit. 1800, § 909.

2. *Loc. cit.*

lective qui paraîtra surgir, comme imposée par la nature même des choses. Son adoption que nous avons laissé entrevoir comme possible s'imposera alors comme nécessaire. Nous devons retenir de la section du présent chapitre consacrée à la copropriété ordinaire, qui présente les traits caractéristiques de l'indivision, que celle-ci n'est qu'une manière d'être de la propriété individuelle qui impose à ce *droit général aux services d'une chose* (1) des restrictions dont le principe et la limite se trouvent dans le fait que sur une chose restée indivise, le droit de propriété se trouve fractionné entre plusieurs sujets. Mais, dans ces limites de la fraction de chacun, le droit de propriété reste ce qu'il est : une propriété individuelle, élément du patrimoine de son titulaire, caractérisée par son indépendance et sa tendance vers le maximum d'autonomie par le partage (2).

Le droit de propriété tombé en indivision reste individuel, non seulement par l'autonomie des parts aliénables indépendamment des autres, mais par la virtualité de tous les services de l'objet, octroyé à son titulaire par le partage, il est aussi affirmatif de l'autonomie du sujet du droit que la propriété individuelle elle-même dont l'indivision n'est qu'un état. C'est dans son principe même que se trouve l'indé-

1. Cf. de Vareilles-Sommières, *loc. cit.*

2. Cf. Planiol, *Traité*, t. I, n° 3005.

pendance de son titulaire, dont la faculté d'aliéner sa quote-part et de provoquer le partage de la chose n'apparaissent que comme les symptômes d'une propriété individuelle, contenant la vertu de s'affranchir de l'état de dépendance qu'elle traverse à titre exceptionnel.

Donc, en dehors de l'autonomie de la fraction de droit attachée à son sujet et de la faculté de provoquer le partage, il n'y a pas d'indivision à la manière romaine ; il peut y avoir des situations sociales représentant des analogies superficielles avec l'indivision, mais pas d'indivision proprement dite, celle-ci n'étant qu'une situation transitoire de la propriété individuelle, ayant son point de départ et son point d'arrivée dans la propriété individuelle.

Or, aucun de ces caractères n'est présenté par la copropriété avec indivision forcée.

D'abord pour ce qui est de la quote-part de chaque communiste, non seulement elle n'est pas aliénable comme élément de son patrimoine, et ne comporte pas la faculté de provoquer le partage de l'objet, restant par là un droit de propriété individuelle, sauf les limitations dictées par la situation, mais elle ne confère même pas à son titulaire la faculté de se servir de la chose commune pour l'exploitation d'un héritage nouvellement acquis et ne faisant pas partie de ceux à qui la chose commune est destinée. N'est-ce pas là le signe d'une séparation entre le patrimoine

de chaque communiste et cette chose commune dont il ne jouit qu'en tant que membre d'une collectivité à laquelle la chose est affectée ?

Bien plus, cette quote-part idéale, qu'on veut voir partout où il y a plusieurs personnes à bénéficier du même droit, est même imperceptible dans la jouissance commune, chacun usant de la chose entière.

Pour ce qui est de la contribution aux frais d'entretien et charges de la chose commune, l'individualisme qu'on veut introduire dans cette matière s'efface entièrement ; l'obligation de contribuer à ces frais ne se présente plus comme un rapport de droit entre des personnes strictement certaines. La détermination du débiteur n'est fixée que par le fait d'être propriétaire, à l'époque des poursuites, de l'un des immeubles au service desquels la chose est affectée. Les propriétaires des immeubles forment ainsi une collectivité, changeant par la substitution de propriétaires nouveaux amenés par les mutations dont fait l'objet chacun de ces immeubles. L'époque à laquelle l'obligation à contribuer a pris naissance est indifférente pour la fixation des personnes tenues à contribuer : un tel quoique communiste avant d'être poursuivi à contribuer cesse d'être tenu, et tel autre qui l'a remplacé dans la collectivité devient *ipso facto* débiteur, quoi qu'il n'en fisse point partie à l'époque où l'obligation a pris naissance.

Ne voit-on pas là cette fusion de personnes qui

faisait la caractéristique des communautés d'où est sortie la propriété collective ? De même, des solutions données par la jurisprudence, comme autant d'exceptions aux principes de l'indivision, nous avons dégagé autant de traits caractéristiques de la propriété collective : quotes-parts inaliénables, inadmissibilité du partage et même dérogation aux principes généraux de la preuve. Il y a ici préférence donnée à la destination de la chose, qui est la raison d'être et le caractère révélateur d'une propriété collective, comme la règle de l'article 815 du Code civil est le trait caractéristique de l'indivision romaine. Pour ceux qui voient dans une construction juridique un instrument de réalisation du droit, nier que ces cas, dits *d'indivision forcée*, puissent être régis et expliqués autrement que par la propriété collective, c'est nier l'évidence. A notre avis, ce qu'il serait peut-être utile de se demander, au point de vue théorique, c'est comment l'indivision a pu pénétrer dans cette matière. Nous essaierons de le montrer dans l'observation qui suit.

Observation. — La théorie de l'indivision forcée n'est qu'une extension par analogie superficielle du concept d'indivision. — Il résulte de l'étude précédente sur l'indivision forcée que le communisme est ici bien moins le sujet d'un droit, de l'objet duquel il jouit dans la mesure où il en est sujet, qu'il n'est bénéficiaire de la destination d'une chose parce qu'il fait

partie de la collectivité qui en est propriétaire à raison même de sa destination. Si la première est une situation à base individualiste, la seconde est une situation à base nettement sociale dont l'individu profite, non pas parce qu'il la forme et dans la mesure où il l'a formée, mais parce qu'il l'a subie et dans la mesure où il se trouve en faire partie.

Tout droit social est individuel par son utilité finale ; c'est parce que la forme sociale est ici le moyen au service d'un but qui est l'individu (1), que l'on s'est imaginé qu'il y a là une indivision dont le principe est l'individu. Avant d'atteindre l'individu, qui est le but final, le droit doit choisir ici un moyen, qui est la forme sociale d'appropriation et qui apparaît comme le but préliminaire et obligé avant d'atteindre le but final qui est l'individu.

On ne saurait trop remarquer que la technique est une affaire d'opportunité (2). Il est spécialement opportun que la forme sociale d'appropriation soit ici le moyen et comme la cause efficiente, de l'utilité individuelle qui reçoit, de cette manière, pleine et entière satisfaction. C'est en ce sens que les quotes-parts deviennent ici quelque chose d'entièrement illusoire, sans aucun rôle utile, et créé uniquement par suite de la manie métaphysique de ramener une

1. La cause et le but se confondent souvent dans le droit, par exemple dans la théorie de *la cause*.

2. Ihering. *Esprit du dr. Rom.* t. III.

situation complexe qui est la propriété collective à une cause première simple qui est l'individu.

En réalité, c'est juste le contraire qui est juridiquement exact dans cette matière de l'indivision forcée, c'est la forme sociale d'appropriation qui est la cause de l'avantage individuel, celui-ci disparaissant si on supprime l'autre, comme cela arriverait dans le partage d'une cour commune, ou d'une ruelle : personne n'aurait, en effectuant ce partage, à quoi donner le nom de cour, et pour vouloir passer chez soi n'aurait plus par où passer.

Si les copropriétaires dans les cas qui nous occupent, ont par où passer et s'ils ont une cour, c'est précisément parce qu'ils ont choisi pour celle-ci une forme de propriété sociale. Envisageons maintenant l'objet d'une propriété collective qui comporte un partage utile de la chose. En pareil cas (par exemple, la communauté entre époux et même dans la théorie de M. Planiol une société quelconque), s'il y a des quotes-parts qui se dessinent par avance dans le droit de la collectivité, ce n'est, et ce ne doit être, que dans la mesure où la propriété collective s'achemine vers la propriété individuelle, afin d'y aboutir, après la liquidation, par le partage.

Or, dans les cas d'indivision forcée l'éventualité d'un partage est ajournée par la destination actuelle de la chose, exactement comme dans une communauté entre époux la liquidation et le partage sont

inconcevables tant que dure l'affectation du patrimoine commun à l'existence du ménage.

Il nous semble donc beaucoup plus sensé pour les deux situations que nous venons d'indiquer que l'on songe d'abord à leur trouver une construction juridique qui fonctionne pendant leur durée, avant de penser à leur en donner une qui n'envisage que leur fin comme c'est le cas pour l'indivision.

Pour finir cette analyse, nous nous permettrons de formuler une conclusion dont la portée nous semble exacte non seulement pour l'indivision, mais aussi pour la technique juridique en général.

A notre avis, on ne s'est pas suffisamment pénétré que si la vérité en métaphysique ne peut être cherchée, en quelque sorte, qu'en arrière, derrière ce qui est observable et plus loin que l'observable, en droit, elle ne doit être cherchée qu'en avant, vers l'utilité à atteindre qui ne surgit que de l'observation.

§ 2 — *Le sol et certaines parties des maisons
divisées entre plusieurs personnes.*

Il existe encore dans quelques villes de France (Rennes et Grenoble entre autres) des maisons qui constituent comme un mélange bizarre de propriété

individuelle et copropriété avec indivision forcée (1), créant aux propriétaires une situation dont la complication fournit une occasion fréquente de conflit qu'un système nettement social permettrait peut-être d'adoucir en un succédané des relations de voisinage, rendant solidaire la propriété individuelle et la propriété collective orientées vers le même but. On distingue d'habitude deux séries d'hypothèses :

a) Une maison est divisée de haut en bas en deux ou plusieurs parties appartenant chacune à un propriétaire différent. Quant au mur séparatif des différentes parties on se trouve en présence d'une copropriété dite *en indivision forcée*. Quoique le Code ne s'en soit pas occupé et que l'article 664 soit inapplicable, on est d'accord pour lui appliquer le régime précédemment étudié (2). Les Romains ont connu aussi de pareilles divisions d'une maison (3).

b) Le cas de beaucoup le plus fréquent est celui d'une maison dont les différents étages appartiennent à différents propriétaires. Les gros murs, le toit, le sol et les accessoires, affectés au service de la maison dans son ensemble, sont soumis à un

1. Demolombe t. II n. 425 bis. — Laurent, t. VIII, n° 488. — Baudry-Lacant. et Chauveau, n. 986.

2. Demolombe, t II, n°. 444. comp. Rennes, 5 juin 1893. S. 93. 2. 256.

3. V. L. 6. § 1. *D. Comm. præd.*, VIII. 4.

régime de copropriété dit, comme au paragraphe précédent, *avec indivision forcée*. Les rapports des différents propriétaires entre eux, en ce qui concerne les parties communes, sont prévus et réglés par l'article 664 du Code civil.

Dans le cas où la maison a été bâtie avant le Code civil, la jurisprudence a résolu ces questions au moyen des titres de propriété, de la disposition des lieux, des présomptions de toute nature et même au moyen de l'interprétation des agissements des parties (1). Même dans les cas, où, selon ce qui vient d'être dit, le Code civil est applicable, cette notion de la destination, c'est-à-dire de la nature des choses, impose les solutions qui dessineraient comme d'elles-mêmes le concept adéquat, les coordonnant en construction juridique, si le système de l'indivision, malencontreusement introduit, n'avait provoqué des solutions contradictoires.

Nous dégagerons les grands traits qui décèlent l'impression d'une propriété collective, en appuyant sur les solutions divergentes, inspirées par quelque entraînement logique provoqué par le système de l'indivision.

L'importance de la quote-part idéale du droit de

1. V. Huc. *Comment.*, t IV, n. 352, comp. Poitiers 26 juillet 1886. S. 87.2. 187.

chaque communiste est plus qu'effacée, elle est inexistante car, non seulement le partage ou la licitation est inconcevable (1) et, en tant qu'objet d'un acte juridique cette quote-part est nulle, mais, pour ce qui est de la répartition des charges communes, comme les frais de réparation et autres, cette quote-part ne rentre point en ligne de compte et c'est la valeur de l'étage qui lui appartient (art. 664) qui fixe à chacun la proportion de sa contribution (2), sauf convention contraire.

L'importance des individualités composant cette copropriété est donc absorbée par la collectivité qui régit ces choses communes absolument comme une propriété collective, et la quote-part de chaque sujet dans cette prétendue indivision est un corps presque insaisissable, alors que la propriété ne saurait porter que « sur un objet déterminé et qu'elle vit de précision » (3).

1. Les auteurs donnent comme raison que l'on est en présence d'un cas d'indivision forcée, au lieu de dire que la propriété individuelle en pareil cas est impraticable, la copropriété étant la seule forme en accord avec la destination de la chose : V. par exemple Aubry et Rau, *loc. cit.* — Baudry-Lacant. et Chauveau, n° 986 et ss. etc.

2. V. Aubry et Rau, t. II, § 221 *ter*. — Demolombe, t. II, n° 429. — Baudry-Lacant. et Chauveau, n° 986. — Laurent, t. VII, n° 490. — Huc, t. IV, n° 551. — Comp. Cass., 9 mars 1819. S. chr. Lyon, 5 février 1834. D. 34. 2. 153.

3. V. pour les murs de chaque étage : Grenoble, 15 juin 1832.

Bien au contraire, ne voit-on pas l'ensemble des parts des communistes s'agglomérer pour former un tout obéissant à une impulsion commune ? L'harmonie des intérêts y est la seule loi et l'impulsion collective, le seul sujet actif de cette masse de biens.

Effectivement, ce sont là les vrais principes que laissent transparaître les solutions équitables données par la jurisprudence en ce qui concerne la jouissance matérielle des choses communes et les contradictions que nous allons relever ne proviennent que des réminiscences du système de l'indivision, imposant à une situation éminemment sociale la divergence des tendances individuelles.

Ainsi, en ce qui concerne les gros murs, à l'endroit du propriétaire de chaque étage, et le toit, pour le propriétaire du dernier étage, la jouissance au lieu de prendre l'aspect d'une fraction indivise, évolue vers une propriété *in solidum*, où la jouissance est limitée par l'inconvénient qui en résulterait pour les autres ayants droit et va jusqu'à la liberté de certaines innovations, permettant même au propriétaire du dernier étage d'exhausser le toit pour établir des constructions ; le tout sans préjudice du droit

D. 33. 2. 38, et pour le toit, Grenoble, 27 novembre 1821. S. chr., 12 août 1828 ; D. 33. 2. 37. — Nîmes, 4 fév. 1841. D. 40. 2. 139 — Rouen, 22 mai 1840. S. 40. 517 et surtout Aix, 20 déc. 1887. S. 87. 2. 12 et Nîmes 3 déc. 1839. S. 20. 2. 535.

qu'ont les autres copropriétaires de faire valoir la gêne qui en résulte pour eux.

Pour ce qui est de la doctrine, si nous écartons, comme restée unique, la tendance nettement individuelle de M. Huc, qui veut que la toiture appartienne exclusivement au propriétaire qu'elle *couvre immédiatement* (1), l'ensemble des auteurs se divise en deux groupes.

Un premier groupe, avec MM. Aubry et Rau, tirant argument de l'article 604 du Code civil, sans méconnaître que le toit est une propriété commune, étant nécessaire à tous, incline à tolérer une jouissance plus étendue au propriétaire du dernier étage.

Un second groupe, développant les conséquences du système de l'indivision, n'admet pour aucun communiste des innovations sans le consentement des autres (2). C'est à notre avis surenchérir sur les inconvénients de la situation, la vouant à un état de torpeur et de chicane inadmissible.

Pour se rendre compte de l'influence malfaisante d'un concept contraire à la nature des choses, il suffit de faire remarquer que bien souvent la jurisprudence s'est prononcée en ce sens, se laissant entraîner et en l'exagérant, par l'idée d'un inconvé-

1. V. Huc. *Comment.*, t. IV, n° 351.

2. Notamment Bordeaux, 17 mars 1868. S. 68. 2. 216.

nient qui résulterait de l'innovation pour l'un des copropriétaires (1).

Observation. — Confirmation de la théorie de la propriété collective. — Nous pourrions reproduire ici les remarques faites à la fin du paragraphe précédent en faveur de l'adoption du système de la propriété collective et de la possibilité de son adaptation, la nature des choses étant identique et ayant tout autant besoin d'une organisation essentiellement collective.

Ce qui serait dit ici faisant double emploi avec ce qui a été dit plus haut, nous estimons préférable, en insistant sur les contradictions avec la nature sociale de la situation, où le système de l'indivision a entraîné les auteurs et quelquefois la jurisprudence, de faire remarquer comment celle-ci, afin d'esquiver le raisonnement logique, respecter la nature des choses et donner satisfaction à l'équité, a été obligé de faire entrer en ligne une notion nouvelle, celle de *relations de voisinage*. Ainsi, il a été souvent jugé que le droit de chaque communiste de faire des innovations dans la partie de la maison spécialement afférente à sa jouissance est subordonnée à la condition que ces changements ne causent aucun tort

1. En ce dernier sens Laurent, t. VII, n° 492. — Demolombe, t. II, n° 435. — Baudry-Lacant. et Chauveau, n° 980 et quelques arrêts. V. *La Gazette du Palais*. V° *Propriété*, n° 17. C'est à la même tendance d'interprétation strictement logique que nous devons la controverse qui existe en doctrine sur l'article 664.

aux autres propriétaires et que l'usage qu'il en fait ne doit pas excéder la tolérance que comporte le voisinage. N'est-ce pas là une notion qui montre le tempérament social des tendances trop individuelles (1) ? Vouloir résoudre une situation sociale par un système purement individualiste, c'est tenter l'impossible. Le droit n'est jamais purement individuel comme il ne pourra jamais devenir entièrement social (2). Il s'agit de choisir entre les deux formes, celle qui s'adapte à la situation, et la nôtre réclame d'elle-même celle de la propriété collective, puisque le fonctionnement du système opposé aboutit à son exclusion même par une série d'exceptions qui en sont la négation systématique.

§ 3. — *La Mitoyenneté* (3)

Notre but n'est point, comme on a dû déjà s'en apercevoir, de faire une étude d'exégèse sur les questions soumises à notre analyse, mais seulement d'y découvrir les traits caractéristiques de la matière

1. V. Rippert. *De l'exercice du droit de propriété dans ses rapports avec les propriétés voisines*. Paris, 1902, p. 117 et s.

2. V. Saleilles. *Le Code civil et l'école historique* dans le premier volume du *Livre du Centenaire*.

3. Pour l'histoire de la question, v. Planiol. *Traité*, n° 2506. — Pothier. *Du quasi contrat de communauté*, nos 199, 229. Pour le Dr. rom., v. Mynz *V° quinque pedes* et surtout Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, t. II, p. 518 et suiv.

analysée, afin de juger ou de remplacer les concepts explicatifs de cette matière selon leur aptitude ou inaptitude à réaliser le postulat de la technique juridique.

Comme nous approchons de la conclusion qui s'impose dans notre travail, peut-être ne serait-il pas prématuré de la faire pressentir de plus en plus en dégageant notre dernier paragraphe de tout ce qui tombe en dehors de nos visées.

Or, la fonction technique des constructions juridiques présente, comme nous l'avons fait souvent remarquer, non seulement un aspect pratique qui consiste dans la mission de diriger fermement le juge dans l'application du droit aux faits, mais aussi un aspect théorique et scientifique de premier ordre qui est celui de fortifier la systématisation du droit et de développer par une adroite mise en œuvre la fécondité de ses principes (1).

Nous pourrions même dire que souvent, comme cela est arrivé dans les deux paragraphes précédents, les résultats de la première de ces deux fonctions

1. V. Ihering. *Espr. du droit romain*, t. III, §§ 44, 46 et t. IV, p. 312. — Becker. *Ernst und Scherz über unsere Wissenschaft*, 1892, p. 123. — Cfr. Windscheid. *Pandekten*, t. I, 7^e éd., p. 59-60. Adde C. Appleton, dans : *Revue Intern. de l'Enseig.*, 1891, t. XXI, p. 257, 259, et surtout Gény. *Méthode*, p. 466 et l'article de M. Gény sur la *Technique législative*, *Lière du Centenaire*, t. II, p. 989 et suiv., p. 990, 993.

sont en stricte dépendance de la réalisation de la seconde.

Ceci dit, remarquons que la mitoyenneté est un phénomène au même titre que la propriété, c'est la propriété d'une clôture, mur, haie, fossé ou autre, qui sépare deux propriétés, dans le cas où elle appartient aux deux ensemble. Son but est justement de séparer deux propriétés en conciliant l'usage exclusif de chacune d'elles avec le respect de l'autre. Il y a là une destination de nature spéciale : distinguer et harmoniser entre elles deux propriétés voisines. C'est bien l'utilité de la chose qui doit décider, au point de vue qui nous intéresse, de la forme technique d'appropriation qui convient le mieux à sa destination. En tenant compte du fait que si la clôture n'appartient pas en propre à l'un des deux propriétaires voisins, elle ne peut appartenir qu'aux propriétaires qu'elle sépare ; dans la mesure et sur la longueur où elle remplit cette fonction elle ne peut être que l'objet d'une copropriété.

L'aspect scientifique de la forme d'approbation étant ainsi assujetti à la destination pratique de la chose qui en fait l'objet, dégageons d'abord les questions pratiques afin de limiter par elles les questions théoriques qui tombent sous notre point de vue.

a) La plus grande difficulté pratique dans cette matière est de savoir si la clôture est mitoyenne ou

non. Comme nous n'avons à nous occuper ici que de la conception que l'on doit se faire de l'appropriation d'une clôture dans le cas où sa mitoyenneté est établie, nous renvoyons pour cette question aux articles 653 et 654 du Code civil et aux commentaires spéciaux (1).

b) La seconde question pratique qui touche de plus près la conception que l'on doit se faire de l'appropriation des clôtures mitoyennes est celle de savoir quelle est leur condition juridique au point de vue des droits et des charges de copropriétaires. A ce point de vue nous pourrions dire en résumant les articles 657-659 ; 662-663 ; 667-669-670 du Code civil que chacun peut en user librement si l'usage qu'il en veut faire n'est pas de nature à gêner son copropriétaire ; et que, en résumant les articles 655, 656 et 667 du Code civil, chaque propriétaire est tenu de contribuer aux frais communs d'entretien de la clôture, avec faculté de s'en affranchir en abandonnant à l'autre son droit sur la clôture, son obligation étant *propter rem*.

Observation. — Quelle est maintenant, la conception juridique que l'on doit se faire d'une copropriété qui présente ces caractères ?

1. V. Sur ces questions ainsi que pour l'explication de la mitoyenneté par la copropriété avec indivision forcée. Aubry et Rau, t. II, § 222. Planiol, t. I, 3^e édit., n° 2503 et suiv. Pour les autres systèmes proposés en dehors de l'indivision forcée, voir *Répert. des Pandectes*. V^o *Mitoyenneté*.

Remarquons que jusqu'à présent, d'après ce qui vient d'être dit, si le concept d'indivision forcée préconisé par la doctrine courante remplit assez bien sa fonction, celui de la propriété collective que nous voudrions qu'on lui substitue non seulement n'est en rien contredit par ces faits mais se concilie mieux avec la destination des clôtures mitoyennes.

Pour se convaincre que la destination d'une chose doit décider de la forme technique de son appropriation on n'a qu'à demander aux partisans du système de l'indivision forcée la conciliation avec le concept d'indivision de la *faculté d'acquérir la mitoyenneté d'un mur* consacrée par les articles 661 et 660 du Code civil.

Il faut reconnaître que cette faculté est juste le contre-pied du principe de l'article 815 du Code civil qui fait le trait caractéristique de l'indivision et que le concept de propriété collective apparaît non seulement comme plus soucieux de la vérité scientifique mais, introduit dans cette matière, il réaliserait en même temps une tendance de socialisation sur les frontières où les individualités et leurs droits se rencontrent, en les mettant d'accord (1).

1. Le système de l'indivision forcée ne nous semble point provenir du droit romain où, comme M. Karlowa l'a établi (*loc. cit.*, p. 519-520), le mur n'est pas considéré commun, à partir comme une question de propriété des deux voisins, mais commun aux deux voisins parce que il était élevé sur l'*ambitus* qui n'était pas susceptible de propriété individuelle et jouait plutôt un rôle social dans le sens de notre conclusion.

CONCLUSION

L'attitude que nous avons prise en ce qui concerne la conception que l'on doit se faire des deux constructions juridiques soumises à notre analyse rend notre situation embarrassante et délicate, à la fois, en ce qui concerne la conclusion qui s'impose à notre travail.

Aussi estimons-nous préférable de justifier indirectement nos conceptions en mettant le lecteur en mesure de constater la convergence des idées que nous avons semées çà et là, au cours de notre travail sur la technique juridique, vers le but que la doctrine récente attribue à sa mission (1).

Or, à ce point de vue les concepts juridiques ne nous semblent pas devoir être autre chose que l'aspect particulier que présentent les réalités complexes

1. V. Ihering. *Espr. du Droit romain*, t. III, §§ 42-68. — Cf. *Institut.*, t. I^{er}, 1^{re} édit., pp. 38-44 et 717-734. — Stammler. *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Geschichtsauffassung*, 1896, § 30, pp. 165-169. — J. Kohler. *Encyclopædie der Rechtswissenschaft*, édit. 1902. — Geny. *Méthode*, pp. 65-82 et n^o 158. — Kohler. *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte*, § 10, t. I^{er}, 1902. — Geny. *Liv. du Centenaire*, t. II, p. 989.

et mouvantes de la vie sociale aperçues sous l'angle spécial où le jurisconsulte est obligé de se placer afin de concevoir et assurer l'ordre et l'équilibre des intérêts dont il a charge.

La vie en général est le champ vaste de son investigation ; et la vie, nous dit un philosophe, se présente à nous comme une certaine évolution dans le temps et comme une certaine complication dans l'espace (1). Comment le droit pourrait-il en obtenir une réglementation assurant la sécurité inhérente à l'ordre juridique sinon en réalisant par l'analyse et les autres procédés de la technique une discontinuité successive dans ses éléments et en tâchant de réintégrer ensuite avec eux le courant continu de la vie, empêchant qu'il soit détourné du but à atteindre ?

Telle est l'œuvre de la technique : élaborer, avec les éléments empruntés à la vie ainsi analysée, des institutions construites d'une façon appropriée à l'objectif pratique à atteindre. « En elle, dit M. Geny, se reflète le mieux la mission propre de la jurisprudence positive qui consiste essentiellement à faire vivre la règle de droit, en assujettissant à l'ordre nécessaire les phénomènes physiques, psychologiques, moraux, politiques, économiques, par où se révèlent la nature, les tendances, les besoins, et d'où

1. Bergson, *loc. cit.*

surgissent tous les conflits d'intérêts, des hommes en société » (1).

En quelques mots et pour préciser davantage, le rôle de la technique est de procurer la plus complète réalisation du droit, en conformité de la nature des hommes et des choses.

Comment l'esprit pourrait-il intercepter l'ordre des phénomènes sociaux, le saisir et l'assujettir par son instinct d'harmonie à son idéal de justice si ces réalités objectives ne peuvent exister pour l'esprit qu'en tant qu'elles existent en lui comme idées et conceptions ?

S'il nous a donc semblé absurde de vouloir connaître, utiliser et régir les phénomènes de la vie juridique en isolant d'elle notre esprit et en l'enfermant dans la labyrinthe des abstractions logiques, il nous a paru tout aussi risqué d'entreprendre leur possession utile abstraction faite de l'ordre dans lequel et des procédés par lesquels notre esprit peut seulement y avoir accès.

Pour l'emploi et l'élaboration des concepts et constructions juridiques dans la recherche scientifique du droit et dans sa réalisation pratique, mais contre leur emploi abusif, telle a été notre devise ; ne réaliser dans l'ordonnance logique des principes

1. V. Geny. *La technique législative. Liv. du Centenaire*, t. II, p. 992. — Comp. J. Kohler, *Leabuch des burgenlichen Rechts*, t. I, 1904, § 8, p. 21-28.

et des concepts qu'un produit du but auquel elle doit servir, tel a été notre critérium.

En résumé, nous avons abandonné la méthode « raisonnante » du dogmatisme pour essayer de réaliser, dans les limites modestes de notre sujet, le postulat de la jeune Ecole Française par une méthode rationnelle. Qu'est-ce la raison, sinon, comme Cournot l'a dit, « la faculté de saisir la raison des choses », c'est-à-dire, « l'ordre suivant lequel les faits, les lois, les rapports objets de notre connaissance, s'enchainent et procèdent les uns des autres (1) ».

La raison s'appliquant à la connaissance des phénomènes de l'ordre juridique peut-elle agir autrement ?

Ainsi, et pour finir, il nous semble avoir montré comment en ce qui concerne l'indivision le défaut dans l'harmonie du système avertit de son extension abusive à une forme d'appropriation qu'elle est inapte à régir et à expliquer, et comment en ce qui concerne les *patrimoines de création technique* (personnes morales) on pourrait concilier le postulat des théories récentes, relatif aux intérêts en cause, et l'attitude de l'Etat à leur égard avec la tendance scientifique vers une construction synthétique, instrument

1. A. Cournot. *Les fondements de nos connaissances*, t. I, p. 29.

souple qui s'adapterait à la variété des buts à atteindre.

Un mot enfin pour défendre notre tentative de soutenir l'emploi des constructions et conceptions scientifiques, nous risquant même d'essayer à en créer, juste à une époque où la tendance dominante est de dénoncer sans cesse la gêne qu'elles exercent sur la vivante évolution des phénomènes juridiques.

Nous ferons remarquer à ce sujet que si nous nous écartons du courant défavorable aux constructions juridiques et plutôt favorable à leur destruction, ce n'est pas pour entreprendre leur défense sans réserve.

Tout en acceptant avec enthousiasme le postulat de la nouvelle Ecole, nous demanderions plutôt une incessante vérification et un perfectionnement progressif des conceptions scientifiques que leur complet abandon. Le mal provient bien moins de leur emploi que de la manière abusive de s'en servir.

Ceci dit, nous persistons, en prenant la liberté de nous écarter un peu de l'opinion de quelques éminents représentants de la nouvelle Ecole, à croire que le problème de l'évolution du droit ne doit pas aboutir forcément à une diversité presque casuistique des concepts juridiques.

Ce dilemme, entre un droit strictement systématisé et un droit plus équitable mais allant vers l'empirisme, ne nous semble provenir que de la tendance, timide et radicale à la fois, de ne dégager des ancien-

nes constructions juridiques que ce qui s'y trouve gêné, sans autre préoccupation que celle de donner satisfaction à la justice et à l'utilité. On ne doit pas à notre avis hésiter de chercher dans la révélation des exceptions par lesquelles la vie brise le cadre trop étroit d'une construction, les tendances d'une nouvelle coordination systématique des matériaux enrichis par des espèces nouvelles afin d'en obtenir une nouvelle conception synthétique plus utile à la science et à la pratique.

L'ancienne conception de la faute en présence de la nouvelle théorie du risque nous fournit un exemple utile à cet égard, et bien d'autres pourraient être cités.

Il ne serait peut-être que temps d'orienter la critique des constructions juridiques vers la conception que nous devrions nous faire des concepts eux-mêmes n'y voyant que des instruments *d'optique juridique*, si nous pouvons nous exprimer ainsi, des prismes à travers lesquels le problème décompose sa complexité et révèle la difficulté à vaincre. Si l'inutilité des concepts à cet égard est loin d'avoir été établie, leur emploi ne doit, à notre avis, être justifiable que dans la mesure seulement où le résultat obtenu est juste et utile en soi.

Une construction ne nous semble vraiment condamnable que lorsqu'après une vérification minutieuse elle se montre rigide et inapte à s'orienter

vers les objectifs mouvants de la justice ; elle doit être rejetée sans hésitation lorsqu'elle enferme et isole l'esprit au lieu de lui ouvrir des grands jours sur les réalités de la vie.

Or si la science du droit selon la forte expression de Ihering n'est qu'une « *science des moyens* » par lesquels doivent se réaliser la justice et l'utilité sociale, et si « le droit n'est pas une fin en soi, mais un moyen » comme l'affirme M. Geny, les droits en général ne nous semblent être que des forces sociales mises par le droit objectif sous la maîtrise de volonté subjective, mais au service de la vie. Les concepts juridiques enfin ne sont que l'enveloppe intellectuelle de ces forces : devant eux défileront les buts de la vie dans sa marche progressive, sollicitant, par eux, le secours du droit afin d'assurer, dans leur réalisation, le triomphe de la justice.

Vu : Le Président de la thèse :

AMBROISE COLIN

Vu : le Doyen :
LYON-CAEN

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris

L. LIARD

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	7
CHAPITRE I. — <i>Personnes morales</i>	13
<i>Section I.</i> — Fonctionnement pratique de leur patrimoine en prenant comme type la société anonyme.....	13
§ 1. Siège social.....	14
§ 2. Les créanciers de ce patrimoine.....	14
§ 3. Gestion du patrimoine social.....	17
§ 4. Citation en justice.....	19
§ 5. Personnes responsables du passif de ce patrimoine et mesure de leur responsabilité..	22
§ 6. Situation juridique des bénéficiaires de ce patrimoine entre eux ou vis-à-vis d'eux.....	24
<i>Section II.</i> — Problème technique de la personna- lité morale.....	28
<i>Section III.</i> — Histoire des systèmes.....	31
§ 1. Droit romain.....	33
§ 2. L'ancien droit :	
I. — Les glossateurs.....	35
II. — Canonistes.....	40

III. — Les post-glossateurs et les autres civilistes.....	42
§ 3. Le droit moderne :	
A. — Les conséquences extrêmes de la fiction de personnalité. L'œuvre de Savigny.....	47
B. — La réaction.....	49
I. — Etat de la doctrine en Allemagne.....	51
II. — Etat de la doctrine en France.....	53
a) Système de MM. Mongin et Van den Heuvel. — Critique.....	55
b) Système de MM. Planiol, Berthélemy et de Vareilles Sommières. — Critique.....	56
c) Système de M. Thaller. — Critique.....	61
d) Théorie de M. Saleilles.....	62
1 ^o Les idées fondamentales de sa théorie.....	63-64
2 ^o La conception de la propriété en main commune et son influence sur la transformation de la commandite en patrimoine séparé.	64
3 ^o Construction théorique du système de l'affectation appuyé sur l'histoire de la commandite.....	69
e) Critique de la théorie de M. Saleilles et achèvement vers une nouvelle théorie.....	78
4 ^o Essai d'une nouvelle théorie sur la personnalité morale.....	88
Les patrimoines de création technique.....	88
I. — Exposition d'ensemble.....	88
a) Cause de la controverse.....	88

b) Points sur lesquels notre système sera différent des systèmes précédents.....	92
c) Acceptation du postulat des théories récentes et nécessité d'une nouvelle conception du sujet juridique.....	94
d) Véritable conception historique du moyen par lequel une séparation de patrimoine s'opère dans notre matière.....	104
e) Résultats pratiques de notre théorie.....	110
II. — Justification de la méthode employée dans notre théorie.....	119
CHAPITRE II. — <i>Indivision.</i>	
<i>Section I. — Considérations sur la méthode employée :</i>	
§ 1. Notions préliminaires sur le concept en général.....	125
§ 2. Les catégories juridiques du même concept.....	129
<i>Section II. — De la copropriété ordinaire :</i>	
§ 1. De la copropriété avec indivision en général.....	130
Observation sur l'apparition de la construction de l'indivision dans différentes branches du droit civil.....	133
§ 2. Situation des copropriétaires entre eux et par rapport à la chose commune.....	135
§ 3. Indivision et propriété collective.....	141
Observation sur la nature des deux concepts :	

<i>Section III. — De la copropriété avec l'indivision</i>	
forcée.....	150
§ 1. Puits, passages, allées et cours communs :	
<i>A. — Situation des objets communs.....</i>	<i>151</i>
<i>Observation : incompatibilité de l'indivision</i>	
<i>avec la situation.....</i>	<i>153</i>
<i>B. — Situation des copropriétaires dans la</i>	
<i>jouissance de leur droit sur la chose.....</i>	<i>154</i>
<i>C. — L'indivision forcée n'est qu'une propriété</i>	
<i>collective.....</i>	<i>164</i>
<i>Observation : la théorie de l'indivision forcée</i>	
<i>n'est qu'une extension par analogie superfi-</i>	
<i>cielle du concept d'indivision.....</i>	<i>168</i>
§ 2. — Le sol et certaines parties des maisons	
divisées entre plusieurs personnes.....	171
Observation : Confirmation de la théorie de	
la propriété collective.....	177
§ 3. — La mitoyenneté.....	178
CONCLUSION.....	184

